



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Cárdenas Gracia, Jaime  
Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional  
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XL, núm. 119, mayo-agosto, 2007, pp. 295-324  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711902>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

## HACIA UN CAMBIO EN LA CULTURA JURÍDICA NACIONAL

Jaime CÁRDENAS GRACIA\*

**RESUMEN:** El autor se manifiesta partidario de un cambio en la cultura jurídica nacional para concluir con éxito la transición a la democracia. Para lograrlo propone una visión argumentativa del derecho diferente a la que actualmente prevalece de carácter formalista; alejarse del positivismo tradicional; interpretar las leyes desde la Constitución; aceptar que la Constitución contiene diversos proyectos jurídicos y políticos, y no sólo uno; negar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea un Tribunal Constitucional; recuperar el papel del contexto en la interpretación jurídica; e insistir que la reforma a las instituciones nacionales debe venir acompañada por la sustitución a la cultura jurídica tradicional. Si no hay transformación a la cultura jurídica al mismo tiempo que a las instituciones, no tendremos un Estado de derecho pleno y una democracia consolidada.

**Palabras clave:** Estado de derecho, Constitución, modelos jurídicos, Poder.

**ABSTRACT:** *This autor supports a change in the national legal culture for Mexico to successfully complete its transition toward democracy. To do so he proposes adopting an argumentative vision of the law that is different from the current formalistic view; leaving behind traditional positivism; interpreting the law based on the Constitution; and recognizing that the Constitution contains various political and juridical projects. The author also believes that the Supreme Court of Justice should not be considered a Constitutional Court; that the role context plays in juridical interpretation should be recovered and that the reform of national institutions should be accompanied by a substitution of traditional legal culture. If there is no change in the culture and its institutions, Mexico will not attain full rule of law and a consolidated democracy.*

**Descriptors:** *Judicial Rule of law, Constitution, juridical models, Judicial Branch.*

\* Doctor en derecho por la UNAM y por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor e investigador de tiempo completo de la UNAM. Miembro del sistema nacional de investigadores. Autor de más de diez libros sobre derecho y ciencia política. Ha obtenido distinciones académicas por su labor científica. Fue consejero electoral del Instituto Federal Electoral. En ese cargo promovió la investigación de los casos Pemex y Amigos de Fox.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,  
nueva serie, año XL, núm. 119,  
mayo-agosto de 2007, pp. 295-324

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La nueva visión de lo jurídico y del Estado de derecho*. III. *Alejarse del positivismo tradicional*. IV. *Recuperar el papel del contexto*. V. *Interpretar desde la Constitución*. VI. *Valorar los modelos jurídicos de nuestro tiempo*. VII. *La pluralidad de proyectos en la Constitución*. VIII. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación no es un Tribunal Constitucional*. IX. *El Poder Judicial no está a la altura de las circunstancias*. X. *Recuperar el concepto reforma del Estado*. XI. *Lo jurídico no es un dato secundario*.

## I. INTRODUCCIÓN

Necesitamos un cambio en la cultura jurídica nacional que acompañe el proceso de transición a la democracia. Es absurdo que la transición se plantee sólo como cambio en las reglas del juego político que tienen que ver con el acceso y el ejercicio del poder público, pero que no se plantee también como un cambio en la manera de concebir y entender el derecho por parte de los operadores jurídicos. Podríamos hipotéticamente acordar las mejores reglas e instituciones, pero esto poco serviría si tal proceso no se acompaña con maneras diversas de entender lo jurídico y las potencialidades que esa nueva comprensión genera para mejor proteger y garantizar los derechos fundamentales y los principios democráticos. Un cambio en la cultura jurídica potenciaría los avances institucionales, les daría una profundidad que hoy no se tiene. Tengo la convicción de que, entre otras razones, nuestra transición no ha avanzado lo suficiente porque los operadores jurídicos la suelen frenar con sus visiones tradicionales sobre el derecho, principalmente los límites que incorporan las escuelas tradicionales de la interpretación y la argumentación.

Hoy debemos entender al derecho y sus alcances de una manera diferente a la del pasado. Debemos remover dogmas y obstáculos para que lo jurídico no sea más un elemento de neutralidad y de asepsia social. El derecho tiene que estar comprometido con los fines y principios del ordenamiento, pero también con la realidad. El derecho no puede ser el obstáculo al cambio social sino el promotor del mismo, la palanca fundamental para nuestro desarrollo en sociedad. Para ello, propongo analizar los siguientes diez elementos: la nueva visión de lo jurídico y del Estado de derecho; alejarse del positivismo

tradicional; recuperar el papel del contexto; interpretar desde la Constitución; valorar los modelos jurídicos de nuestro tiempo; aceptar la pluralidad de proyectos que contiene la Constitución; admitir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es un Tribunal Constitucional; sostener que el Poder Judicial no está a la altura de las circunstancias; recuperar el concepto reforma del Estado; y considerar que lo jurídico no es un dato secundario de la realidad.

## II. LA NUEVA VISIÓN DE LO JURÍDICO Y DEL ESTADO DE DERECHO

Se nos enseñó en las facultades de derecho del país que el derecho sólo era un conjunto de normas externas, bilaterales, heterónomas y coactivas. Jamás nuestra comprensión ha visto al derecho desde la argumentación que las autoridades y operadores jurídicos hacen sobre las normas. Por otra parte, el Estado de derecho ya no es el imperio de la ley, sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores. La profundidad del Estado de derecho se mide por la pluralidad y la calidad de la argumentación.<sup>1</sup>

El Estado de derecho —como dice Pisarello<sup>2</sup> en su polémica con Eusebio Fernández— implica, por un lado, el sometimiento del propio Estado a la legalidad, pero también que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que éstos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría, sobre todo frente a fenómenos de corrupción o de terrorismo de Estado; pero, por otro, significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además, el Estado de derecho actualmente es constitucional, lo que

<sup>1</sup> Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46, e *id.*, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 105-124.

<sup>2</sup> Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Revista Sistema*, Madrid, núm. 134, mayo de 1988, pp. 97-106. Fernández García, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de derecho”, *Revista Sistema*, Madrid, núm. 138, pp. 101-114.

entraña su carácter democrático, promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todos los asuntos de relevancia pública, por ello está orientado hacia la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y cultural, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multiculturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente, el Estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan al derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación de la fuerza expansiva de los principios es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.<sup>3</sup>

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales.<sup>4</sup> Los métodos interpretativos que hoy conocemos —gramatical, lógico, histórico, sistemático, etcétera— aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley. La teoría del derecho tuvo que idear algunos métodos interpretativos para que el derecho no perdiera en seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina, sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania, la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídi-

<sup>3</sup> Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001, pp. 17-44.

<sup>4</sup> García Amado, Juan Antonio, "Retórica, argumentación y derecho", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 131-145. García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 31-33.

cas existe un entramado de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal. Conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta, préstamo, no son puros nombres de coyunturales invenciones del legislador sino realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también en Alemania, el segundo Ihering propone el método teleológico o funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de la norma es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia, Geny señala que la norma legal no agota el derecho ni predetermina la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. Poco a poco, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es más valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos de justicia.

El paso al irracionalismo estaba dado. Los irracionalistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el movimiento del derecho libre (Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich) y el realismo jurídico estadounidense más extremo como el de Frank o también el realismo jurídico escandinavo de Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, es política jurídica, un acto volitivo del juez que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular. Frente a los irracionalistas, encontramos también posiciones racionalistas que consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y la objetiva.

Las teorías de la argumentación son el producto de esta larga polémica histórica. Aceptan las críticas del irracionalismo, pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas. Constituyen un nuevo paradigma porque no sólo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las

de conciencia subjetiva del intérprete sino los argumentos intersubjetivos; las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas. En las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. En otras palabras, si tenemos en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación.

Lo fundamental en todas estas teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el derecho un sistema axiomático.<sup>5</sup> El derecho no sólo se conforma por reglas que obedecen a la interpretación silogística y a la subsunción, el derecho está también conformado por principios constitucionales y directrices, y desde luego es siempre reformulado por la argumentación.<sup>6</sup> El reconocimiento de los principios es clave para entender el modelo argumentativo del derecho en adición al normativo, realista, o puramente axiológico.<sup>7</sup> Los principios y la argumentación han superado la visión formalista del derecho centrada exclusivamente en una de las expresiones de las normas que son las reglas.<sup>8</sup>

### III. ALEJARSE DEL POSITIVISMO TRADICIONAL

En nuestra tradición, el derecho debía ser estatal, de origen legislativo, imperativo y de aplicación mecánica. Ninguna de esas cuatro características es correcta. El derecho no se origina sólo en los órganos del Estado (también en la sociedad, por ejemplo comunidades in-

<sup>5</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 205-280.

<sup>6</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-156.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005 (existe 1a. reimpr. en 2006).

<sup>8</sup> Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

dígenas), el derecho más importante no está en la ley sino en la Constitución, las principales normas del sistema como la soberanía popular carecen de sanción, y la interpretación de normas constitucionales no es una operación mecánica ni silogística, sino una que recurre a la ponderación entre principios contrapuestos.

El neoconstitucionalismo a diferencia del “excesivo positivismo”<sup>9</sup> presenta a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso; la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino otro heterogéneo en donde los sentidos y significados de la Constitución son plurales y en ocasiones difícilmente compatibles.

En estas nuevas realidades se pone en evidencia que el derecho no siempre tiene origen estatal, rompiendo con ello, una de las ideas tradicionales del positivismo. En efecto, el derecho tiene también orígenes plurales en las comunidades indígenas, los partidos, sindicatos, iglesias, organismos internacionales, etcétera, y no necesariamente ese mundo normativo que es eficaz, tiene el reconocimiento de los órganos del Estado. Además, y debido a la importancia de la interpretación y de la argumentación, el derecho ya no descansa preponderantemente en cuanto a su origen y formación en los órganos legislativos, el derecho legislado es reelaborado por jueces y autoridades administrativas. Los tribunales constitucionales lo definen por encima del legislador cuando determinan los sentidos de las normas constitucionales. Aquella visión de la escuela de la exégesis sobre el papel del legislador racional (que no se equivoca, que no hace nada inútil, que es previsor, etcétera) ya no se sostiene, y el legislador ha dejado de ser el señor del derecho, su lugar lo ocupa el juez constitucional. La imperatividad del derecho también está en crisis: las principales nor-

<sup>9</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

mas del sistema carecen de sanción y su cumplimiento no depende de su grado de coerción sino de su nivel de legitimidad y respaldo social. En este sentido, las características clásicas del derecho del positivismo han sido trastocadas. Existe pluralismo jurídico y no monismo, el derecho no tiene necesariamente un origen estatal, el legislador no es el sujeto por antonomasia del derecho y la coerción no es el dato fundamental para saber cuando una norma debe ser considerada como jurídica.

En cuanto a la interpretación, la subsunción y la aplicación mecánica están reservadas para los casos fáciles en donde no se ponen en duda las premisas. En los casos difíciles en donde se ponen en duda las premisas se acude a formas argumentativas diversas, de carácter retórico u otras que se apoyan en el principio de proporcionalidad. El silogismo y la subsunción son métodos argumentativos que no sirven para resolver una antinomia de principios. Éstos han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, un principio no puede invalidar a otro, y en la solución de la colisión entre ellos, se busca la concordancia de principios en el ordenamiento. El principio de proporcionalidad, vía para resolver las colisiones de principios,<sup>10</sup> está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la impor-

<sup>10</sup> Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 9-13; y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 686-798. Véase también Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 1-18.

tancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas. El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, es decir, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social.

#### IV. RECUPERAR EL PAPEL DEL CONTEXTO

La formalidad jurídica en el pasado negó que el derecho tuviese como origen un partido hegemónico que generaba el derecho para recrear el sistema. En la actualidad, la formalidad jurídica intenta negar que el derecho tiene su origen en la partidocracia y en los pactos entre los partidos, es decir, se rechaza que los contenidos de la ley están contractualizados y responden a la visión de la clase política y no a la visión de los ciudadanos.

Desde la visión política del derecho no puede desconocerse que todo sistema normativo está dentro de un contexto y que como dicen los hermenéutas, los textos se leen o deben leer desde esos contextos. Los sistemas jurídicos no se producen por generación espontánea tienen una razón de ser y objetivos políticos evidentes. Ello obliga a estar abierto a nuestras realidades. En el pasado, el derecho mexicano provenía de un sistema autoritario<sup>11</sup> y en buena medida el orden normativo buscaba apuntalar y consolidar ese tipo de régimen. Principalmente, el derecho público nacional pretendía lograr esos objetivos. Un repaso a la legislación electoral de la época y a la actuación de las autoridades que la aplicaban daría cuenta de lo que aquí se dice. El cambio del régimen que se dio principalmente en el ámbito electoral propició nuevas formas de entender el derecho electoral. Sin

<sup>11</sup> Para una tipología de los regímenes no democráticos véase a Linz, Juan, "Totalitarian and Authoritarian Regimes", en Greenstein, Fred I. y Polsby, Nelson W. (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: *Macropolitical Theory*, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975, pp. 24-267.

embargo, el resto del sistema normativo sigue incólume, principalmente en cuanto a las reglas del ejercicio del poder público.

La transición a la democracia no ha concluido porque no se ha transformado el entramado institucional compuesto por las reglas de acceso y ejercicio del poder público. Además, la necesidad de un nuevo entramado institucional requiere venir acompañada de una nueva cultura jurídica que afronte la interpretación de las nuevas reglas y principios desde una visión de Estado constitucional democrático en donde los derechos humanos y los principios democráticos sean las bases de la argumentación y de la nueva legitimidad.

El derecho —principalmente el público— del régimen anterior debió leerse desde sus contextos. No partir de ese entendimiento implicó un ejercicio de mera formalidad, y lo que es peor, de convalidación de un *status quo* inaceptable. El derecho de nuestra época, de la etapa transición, también debe partir del nuevo contexto. Un régimen democrático que está por construirse, en donde la partidocracia y otros intereses pueden generar un sistema normativo y una interpretación jurídica alejada de los ciudadanos. En particular, debe concebirse el contexto democrático que existe y que se desea construir.

Así se debe discutir si el sistema representativo es un horizonte deseable. Para Boaventura de Sousa Santos, la forma actual de democracia representativa tiene su origen en la obra de Kelsen que la entendió como una suma de procedimientos al interior de los parlamentos, un proceso dialéctico dentro del relativismo moral para resolver diferencias y crear normas; Kelsen redujo los problemas de legitimidad a cuestiones de legalidad.<sup>12</sup> Schumpeter, Bobbio y Dahl, entre otros, desarrollaron los conceptos kelsenianos. Schumpeter entendió que la democracia era algo alejado de la soberanía popular; para él, la democracia es un método político, es decir, un arreglo institucional para llegar a decisiones políticas y administrativas.<sup>13</sup> Bobbio sostuvo que la democracia representativa es un conjunto de reglas para la formación de mayorías —igual peso de los votos, no distin-

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 85-104.

<sup>13</sup> Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1962, p. 269.

ciones económicas, sociales, religiosas en la constitución del electorado—. <sup>14</sup> Para Dahl, la democracia es una poliarquía, en donde diferentes grupos compiten por el poder bajo ciertas reglas que permiten condiciones de equidad entre los contendientes e información adecuada para que los ciudadanos puedan optar por alguno de los grupos. <sup>15</sup> En estas concepciones y otras parecidas a las anteriores, la democracia suele quedar reducida a las elecciones, y esto trae aparejados muchos problemas, por ejemplo, si las elecciones agotan los procedimientos de autorización de gobernados a gobernantes, y si los procedimientos representativos agotan la representación de las diferencias sociales. En otras palabras, la democracia no puede significar sólo elecciones, el ciudadano sería esclavo o rehén en las etapas interelectorales, por lo que los sistemas representativos requieren de reforma con el fin de introducir elementos que vinculen a los ciudadanos con los representantes más allá de la jornada electoral.

Frente a las concepciones electoralistas de la democracia, existen otras propuestas que ponen el acento en distintos temas: las potencialidades de la participación, la importancia de la publicidad, el reconocimiento de la deliberación de asuntos públicos, la rendición de cuentas horizontal al igual que el control social del poder, la posibilidad de contrarrestar la influencia de los factores reales de poder que buscan excluirse del campo del derecho, la democracia interna y el control de los partidos, y muchas otras innovaciones institucionales que pretenden ampliar los espacios de deliberación y participación ciudadana.

El tipo de democracia a construir es un contexto, entre otros, a tomar en cuenta; otros posibles contextos se refieren al modelo de sociedad o de economía por apuntalar. Desde luego que un contexto no da lo mismo que otro al momento de entender el derecho desde una perspectiva dinámica que no se quede en la mera formalidad, por otra parte mentirosa, del puro texto.

<sup>14</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 459-460.

<sup>15</sup> Dahl, Robert, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 4-8.

## V. INTERPRETAR DESDE LA CONSTITUCIÓN

Hay un indebido monopolio de la interpretación constitucional en la Suprema Corte, sin que exista fundamento constitucional alguno. La autoridad secundaria no interpreta “desde” la Constitución y no hay posibilidad del control difuso. Resultado: *a)* Empobrecimiento de la cultura jurídica y *b)* Alejamiento de los ciudadanos de la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, vía jurisprudencia y no con fundamento en el texto de la Constitución, ha impuesto un monopolio totalmente indebido de interpretación constitucional. La Corte impide que otros tribunales del propio Poder Judicial como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación interpreten y desapliquen normas infraconstitucionales opuestas a la Constitución, aunque ello implique una contradicción con los artículos 133, 128 y 41 de la norma fundamental.

El artículo 133 establece, como obligación para los jueces de las entidades federativas, la de resolver de conformidad con la Constitución federal y desaplicar normas infraconstitucionales que consideren contrarias a la carta magna. El artículo 128 determina que todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. El artículo 41, párrafo primero de la ley fundamental, refiere una obligación para los constituyentes originarios y revisores de las entidades federativas, cuando expresa:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de competencia de éstos, y por los de los estados, por lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los Estados que en ningún momento podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.

Es palmario que todos estos preceptos señalan la supremacía absoluta de la Constitución como lo indicara Antonio Martínez Báez,<sup>16</sup> y sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la

<sup>16</sup> Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes”, *Obras político-constitucionales*, México, UNAM, 1994, pp. 523-530.

Nación se aparta de esos contenidos. Con ello se afecta el carácter normativo de la Constitución, la jerarquía de las normas y la validez jurídica del ordenamiento secundario.

El carácter normativo se lesiona porque la Constitución deja de ser una norma de trabajo para toda autoridad judicial y administrativa. Sólo unos cuantos —los miembros de la Suprema Corte— están en condiciones de aplicarla y de interpretarla. Las autoridades se desvinculan de la Constitución y no ven en ella una norma sino un documento político-social. Se disminuye la lealtad a la Constitución, la legalidad secundaria sustituye y abarca el universo del ordenamiento jurídico, y los valores, reglas y principios constitucionales sólo son vinculantes para jueces y autoridades de una manera indirecta.

La jerarquía de las normas se rompe pues hay que seguir un camino indirecto y ajeno a la propia autoridad para determinar si se cumplió con el principio de jerarquía o si fue desatendido. Mucho menos puede hacerse un juicio sobre la ponderación en caso de conflicto entre normas y principios constitucionales. El juez común y la autoridad administrativa son menores de edad sin capacidad para entender, aplicar e interpretar la Constitución. El principio de jerarquía normativa en nuestro país es una ilusión para la mayoría de las autoridades.

Un concepto clave para el Estado de derecho consiste en que los jueces y autoridades apliquen el derecho válido. Ese postulado es de difícil realización en México. Los jueces comunes y autoridades administrativas no saben si la norma que aplican es válida, o lo peor, a sabiendas que es inválida tienen que aplicarla, pues no tienen el poder, por lo menos así lo dice el dogma, para apartarla aún en el caso de que sea evidentemente contraria a la Constitución. El conjunto de nuestros jueces y funcionarios no pueden tener un papel crítico con su derecho, ni un compromiso con su actuación, son autómatas que suelen pronunciar mecánica y maquinalmente las palabras de la ley.

Las razones teóricas que se han dado en contra del artículo 133 de la Constitución son inatendibles. Tena Ramírez, por ejemplo, calificó al artículo 133 de la Constitución como “un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema”,<sup>17</sup> pero no esgrimió un solo

<sup>17</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 31a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 543-548.

argumento para responder el porqué debía considerarse a dicha norma como incongruente o dislocadora, exclusivamente indicó que la intervención de jueces locales provocaría una verdadera anarquía en el sistema jurídico. Al parecer, lo único que tenemos para explicar la negativa al control difuso es un argumento *ad hominem* de signo elitista, pues estructuralmente los artículos 133, 128 y 41 pertenecen al ordenamiento constitucional.

El debate no es nuevo, y se remonta a Ignacio Vallarta que tuvo sus dudas sobre la conveniencia de un monopolio del Poder Judicial sobre el control de constitucionalidad.<sup>18</sup> Gabino Fraga, en su momento, sostuvo que: “el principio de la supremacía jerárquica de la Constitución es bastante para considerar que todos los poderes de la Federación, pueden, en lo que se refiere a su propia actuación, interpretar los textos constitucionales relativos sin que al hacerlo extralimiten su competencia o invadan la privativa de otro poder”.<sup>19</sup>

Antonio Martínez Báez de manera más comprometida adujo que existe la obligación de apartar el cumplimiento de las leyes contrarias o repugnantes a la Constitución, mediante el examen de la constitucionalidad de las normas secundarias, a toda clase de autoridades, aún al Poder Ejecutivo, particularmente a través de sus tribunales administrativos.<sup>20</sup> Más recientemente, Elisur Arteaga y Juventino Castro manifiestan posiciones favorables hacia un control de constitucionalidad por vía de excepción.<sup>21</sup> Hasta autores menos partidarios del control difuso como Ignacio Burgoa admiten que en los casos en que alguna ley o Constitución local contenga preceptos manifiesta y notoriamente opuestos a la ley suprema del país, los jueces de cada estado tienen el deber de no aplicarla y atender en sus fallos a los mandamientos de ésta.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos*, México, Porrúa, 1980, t. III, p. 382.

<sup>19</sup> Citado por Castro y Castro, Juventino V., *La posible facultad del Poder Judicial para iniciar leyes*, México, SCJN, 1999, p. 137.

<sup>20</sup> Martínez Báez, Antonio, *op. cit.*, nota 16, pp. 523-530.

<sup>21</sup> Arteaga, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Harla-Oxford University Press, 1998, colección Juristas Latinoamericanos, pp. 53 y ss.; Castro y Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 19, pp. 143 y 144.

<sup>22</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 18a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 167.

A pasar de la disputa doctrinal mencionada, el motivo de oposición al control difuso tiene que ver más con la desconfianza hacia los jueces y autoridades administrativas de este país que con una posición jurídica, en tanto que no hay norma en el texto constitucional que dé al Poder Judicial Federal el monopolio del control de constitucionalidad, y si en cambio, hay normas expresas que permiten sostener la viabilidad de un control difuso.

El origen del artículo 133 proviene de la cláusula segunda del artículo VI de la Constitución estadounidense,<sup>23</sup> y de la tradición sentada por el famosísimo caso *Marbury versus Madison*,<sup>24</sup> pero en el derecho latinoamericano donde confluyen tanto la tradición jurídica de Estados Unidos de América como la continental europea, encontramos ejemplos como en Perú y en Nicaragua, en donde el control concentrado y el difuso conviven,<sup>25</sup> pues se trata en todo caso de que la Constitución sea realmente una norma suprema y el criterio de validez para el resto del ordenamiento.

Lo que resulta intolerable para nuestro derecho es la ausencia, aún con el mantenimiento del control concentrado, de un mecanismo jurídico para que los jueces y autoridades puedan preguntar al órgano de control constitucional, sobre la constitucionalidad de la norma secundaria. Urge en México el establecimiento de la cuestión de inconstitucionalidad como vía para que el Poder Judicial Federal o en su caso el futuro Tribunal Constitucional se pronuncien sobre la legitimidad de las normas secundarias a pedido de los jueces y de las autoridades administrativas del país, tal como ocurre en Austria, Ale-

<sup>23</sup> Story, Joseph, *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, México, Oxford University Press, colección Grandes Clásicos del Derecho, vol. 6, 1999, pp. 294-296.

<sup>24</sup> González Oropeza, Manuel, "Marbury versus Madison. La política en la justicia", *studios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, t. I, p. 315.

<sup>25</sup> Pérez Tremps, Pablo, "La justicia constitucional en Nicaragua", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 106, octubre-diciembre de 1999, pp. 9-27. Fernández Segado, Francisco, "El control normativo de la constitucionalidad en Perú. Crónica de un fracaso anunciado", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 56, mayo-agosto de 1999, pp. 11-42.

mania, España, Italia y Bélgica, que regulan en su ordenamiento ese control concreto de normas.<sup>26</sup>

## VI. VALORAR LOS MODELOS JURÍDICOS DE NUESTRO TIEMPO

Se desconoce que el derecho sea más que reglas —son también principios, valores y discurso argumentativo—; se niega un papel activo del intérprete; el derecho es una práctica social que debe tomar en cuenta el contexto, el caso y el ordenamiento; y en la Constitución y en los derechos está la centralidad.

El modelo jurídico de nuestro tiempo se caracteriza por el paso del Estado de derecho al Estado constitucional, la transformación de la argumentación jurídica con la incorporación del silogismo práctico, la renovación sobre otras bases del carácter sistemático del derecho, la asunción de una textura siempre abierta en el derecho, la aparición del modelo argumentativo en el derecho en adición al normativo, realista o puramente axiológico, y una aproximación al entendimiento de los nexos entre derecho y moral sin los complejos de las visiones paleopositivistas.<sup>27</sup>

El Estado ya no es o no debe ser exclusivamente un Estado de derecho, es hoy un Estado constitucional. La Constitución no sólo es la norma superior sino que contiene un material jurídico sustantivo que obliga a todos. La Constitución determina no sólo “quién” y “cómo” se manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse. La Constitución limita la ley y, por tanto, a las mayorías legislativas y sociales. La Constitución establece el coto vedado por donde nadie, ni aún las mayorías electas democráticamente pueden aventurarse.

El Estado constitucional alude a la prevalencia de la Constitución y sus normas por encima de cualquier otra norma secundaria. Esta prevalencia no es vana, es una prevalencia con consecuencias muy serias. Obliga a todas las autoridades a ajustarse a ella, principalmente a sus intérpretes. Éstos no pueden aplicar normas sin acudir en

<sup>26</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 558-590.

<sup>27</sup> Expresión utilizada en la obra de Ferrajoli. Por ejemplo, véase Ferrajoli, Luigi, “Jueces y política”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, núm. 7, pp. 63-79.

primer lugar a la norma constitucional y sus significados. Se trata de un concepto de Constitución normativa exigente, pues acerca la Constitución a cualquiera. Coloca a la Constitución al alcance de todos, y evita que sólo determinados augures —los ministros de la Corte— la interpreten y accedan a ella.

La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios.<sup>28</sup> La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y en la razonabilidad. El derecho es algo más que la ley, y su intérprete más que conocer las reglas debe aprehender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en su relación con el contexto social, político y económico. En palabras de Prieto Sanchís, en el derecho se ha desplazado la ley a favor de la interpretación.<sup>29</sup>

Los principios modifican el anterior contenido sistémico del derecho. Se trata de una sistematicidad no reducible al código, sino una sistematicidad que toma en cuenta todo el bloque de la juridicidad, aún los elementos morales, sociales o ideológicos que son parte de todo derecho. Las fronteras del derecho se amplían, no se limitan a la ley o a la jurisprudencia, ni siquiera a la costumbre. Dentro de las fronteras están las fuentes sociológicas del derecho, y toda la variedad de principios y valores contrapuestos en la Constitución. Se pasa del monismo y estatismo en el derecho al pluralismo de fuentes y orígenes normativos. La sistematicidad no contiene contornos predecibles y claros. Es una sistematicidad difusa que el intérprete debe hurgar en el caso concreto. Ciertamente, esa flexibilidad no es para que el aplicador del derecho haga lo que le venga en gana. Es para que el juez se adentre a un contexto más comprometido con la naturaleza formal y material del Estado constitucional. La obligación de razonar las decisiones en términos de derecho válido y vincular el juicio parti-

<sup>28</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81-172.

<sup>29</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, núm. 7, 1998, p. 20.

cular al sentido de justicia de un ordenamiento jurídico, implica recuperar el papel del juez y de la autoridad en su lealtad a la Constitución y al ordenamiento, destierra su papel subordinado y mecánico al derecho, y hace de los funcionarios judiciales y administrativos los principales promotores del Estado constitucional. Se trata no de poner fin a la seguridad jurídica, sino de asegurarla de una manera más realista y profunda. Se busca, hasta donde sea posible, una certeza que sea producto no de una mera operación mecánica deductiva, sino el resultado de un proceso más complejo que asume reglas de racionalidad práctica, por ejemplo universalidad o abstracción, o presuponer un “auditorio universal” de personas inteligentes, responsables y desinteresadas que permita justificar las decisiones no sólo en relación al ordenamiento, sino en relación a los hechos o consecuencias finalistas de las decisiones.<sup>30</sup>

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular. La concreción de significados llega en los principios al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios. Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego, habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. La justificación

<sup>30</sup> Velasco Arroyo, Juan Carlos, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, 1999, pp. 49-68.

racional representa la condición de validez y de legitimidad de las decisiones judiciales.

El peso que la teoría del derecho concede ahora al juez y a la interpretación guiada por principios produce un modelo de derecho. Un modelo argumentativo que supera los tradicionales modelos formalistas, realistas e iusnaturalistas. El modelo argumentativo del derecho toma en cuenta los aspectos dinámicos del derecho. El modelo tradicional formal de normas centra el análisis en los elementos dados por la ley, que no son capaces de dar noticia de la complejidad e integridad del derecho. Éste no es sólo norma u ordenamiento, es también argumentación. Es decir, los principios han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho que ve a la disciplina como un conjunto de normas o como un ordenamiento, sin atender la vida misma del derecho, su puesta en operación en los tribunales o en las instancias administrativas, al grado que en las facultades de derecho estos aspectos dinámicos, la vida del derecho, a través del conocimiento y análisis de las decisiones, no es objeto de estudio formal.

La conexión débil y no fuerte entre moral y derecho es auspiciada por los principios y valores. Éstos sirven para justificar reglas, para determinar fines y objetivos en el ordenamiento y permiten esclarecer el significado subyacente de las reglas. Estamos de acuerdo con que los principios contienen una concepción de justicia o de moralidad, siempre revisable, pero en ellos existe ese trasfondo que no obliga moralmente a los ciudadanos pero sí obliga en alguna medida al funcionario y al juez. La conexión entre moral y derecho no es total ni absoluta, la conexión, como ya se dijo anteriormente, es simplemente una pretensión de corrección de la moral al derecho para permitir la crítica jurídica, moral y política al derecho vigente, para auxiliar en las futuras reformas al ordenamiento, y para evaluar al ordenamiento en términos de su legitimidad democrática.

## VII. LA PLURALIDAD DE PROYECTOS EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución no responde a sólo un proyecto, es una norma abierta a distintos proyectos, es la norma de la pluralidad. Contiene diversos proyectos y ninguno está por encima de los demás.

Como lo señala Zagrebelsky en:

Las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.<sup>31</sup>

Lo anterior significa que la Constitución no contiene un único proyecto de nación o desarrollo. En la Constitución conviven o deben convivir los distintos proyectos que den cuenta de la pluralidad social, económica o política de un país. En los regímenes democráticos, las Constituciones tienen como origen el consenso y no la imposición de un grupo, no son el resultado de una revolución sino de un proceso pacífico de transición democrática. Por lo mismo, deben garantizar el pluralismo y la convivencia pacífica entre distintos proyectos alternativos. Alguno de esos proyectos puede triunfar transitoriamente en las urnas pero no puede imponerse de manera definitiva y con menoscabo, cuando se gobierna, de los demás proyectos. El principio guía es el pluralismo de principios y la lealtad en su enfrentamiento. El único metavalor es el pluralismo.

La Constitución no se debe por lo tanto a uno de los grupos dominantes de la sociedad, se debe a todos. No representa a ninguno de ellos en lo particular. En este sentido, es una Constitución sin soberano específico, pues sería contradictorio hablar de derecho constitucional y adherirse al mismo tiempo a un proyecto político particular cerrado. Cuando un principio prevalece en las urnas o en las decisiones de alguna autoridad, siempre debe entenderse que no se trata de una prevalencia *a priori*, sino que se trata de una preeminencia transitoria que depende de los casos particulares o de las situaciones concretas

<sup>31</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 6, p. 13.

de la sociedad. La Constitución debe mantener abiertas todas las posibilidades y condiciones de existencia, y no cerrarlas para abrazar de manera permanente la perspectiva de alguna de las partes.

Como señala el propio Zagrebelsky, la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva, en donde por un lado se plantea la libertad pero también las reformas sociales, la igualdad ante la ley pero también la admisión de excepciones justificadas, el reconocimiento de los derechos de los individuos pero también los derechos de la sociedad, la valoración de las capacidades materiales y espirituales del individuo pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos, etcétera.<sup>32</sup>

La democracia constitucional depende del pluralismo en los principios y de su concordancia práctica en caso de conflicto entre ellos. Nuestra realidad no es unidimensional y no se debe a un solo proyecto, responde a exigencias diversas en donde el derecho, principalmente el constitucional, debe hacerse cargo de la multiplicidad y diversidad. Bien podemos decir que adscripción constitucional a un único proyecto equivale a autoritarismo y afectación a los derechos de las minorías. La Constitución no es sólo la norma de las mayorías también es la norma de las minorías y de los diversos proyectos que en toda sociedad plural y heterogénea conviven. Es un punto de partida para la realización de cada proyecto, lo que no puede entenderse de manera excluyente sino en convivencia pacífica con otros.

#### VIII. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NO ES UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No lo es por la debilidad de los mecanismos de control de constitucionalidad existentes, y porque un Tribunal Constitucional está fuera de los tres poderes tradicionales. Las cortes constitucionales que son parte del Poder Judicial son débiles institucionalmente.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 16.

Hay un debate en nuestro país en el que importantes juristas insisten en considerar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un Tribunal Constitucional de carácter material, y argumentan que la Corte mexicana ha ampliado sus competencias constitucionales por medio de las reformas de 1987, 1994 y 1999, en las que ciertamente se intentó rescatar su papel como órgano de control constitucional, se incorporaron las acciones de inconstitucionalidad, se perfeccionó su intervención en las controversias constitucionales y se limitó su participación en cuestiones de legalidad a través del amparo casación. No se puede, sin embargo, estar de acuerdo con este punto de vista, pues como bien lo ha señalado Louis Favoreu,<sup>33</sup> los tribunales constitucionales son creados para conocer de conflictos constitucionales, pero están situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario, son órganos constitucionales autónomos en la terminología de García Pelayo.<sup>34</sup> El tema no es ocioso ni puede ser considerado como un aspecto formal del debate. El que el Tribunal Constitucional sea autónomo de los tres poderes tradicionales es una cuestión toral, clave en el papel del Tribunal. ¿Por qué? Entre otras razones por su orientación jurídico constitucional.

Los argumentos que se pueden esgrimir para no considerar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional son los siguientes: 1) Un Tribunal Constitucional no conoce de cuestiones de pura legalidad como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2) Un Tribunal Constitucional se orienta a proteger y garantizar derechos humanos respecto de la totalidad de los actos de los poderes establecidos, entre ellos al Poder Judicial y, en la actual tesitura de la Suprema Corte de Justicia, sus decisiones últimas sobre la legalidad no pueden ser revisadas desde la constitucionalidad por otro órgano del Estado; 3) Un Tribunal Constitucional posee un sinnúmero de atribuciones para conocer de toda la constitucionalidad, de todo el bloque de constitucionalidad, acciones y recursos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no conoce: control previo de constitucionalidad (tratados, leyes, reglamentos), acciones de in-

<sup>33</sup> Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 13-42.

<sup>34</sup> García Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1981.

constitucionalidad por omisión,<sup>35</sup> cuestión de constitucionalidad, acción constitucional popular, etcétera; la Corte mexicana es un remedeo de órgano de control constitucional, no conoce de muchos asuntos que son fundamentales para salvaguardar a la Constitución de las asechanzas del poder; 4) Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden imponer al legislador determinadas funciones, por ejemplo, plazos o condiciones para legislar como algunos tribunales constitucionales europeos lo hacen;<sup>36</sup> 5) Los tribunales constitucionales tienen por propósito la constitucionalización del derecho, darle a la Constitución plena fuerza normativa y, hasta el momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo ha hecho, los tribunales federales, por ejemplo, declaran improcedentes amparos respecto de decisiones soberanas del Congreso federal o de los congresos locales,<sup>37</sup> ningún Tribunal Constitucional haría eso; 6) En algunos casos, los tribunales constitucionales conocen y deciden sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales,<sup>38</sup> la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reulado, pues había admitido que por razones de procedimiento una reforma constitucional podría ser anticonstitucional,<sup>39</sup> y en la actualidad sostiene que una revisión de

<sup>35</sup> Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, pp. 741-796; y Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>36</sup> Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 73.

<sup>37</sup> El artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo establece que el juicio de amparo es improcedente “contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en la elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente”.

<sup>38</sup> Flores, Imer B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, pp. 271-292.

<sup>39</sup> Amparo en revisión 2996/96. Quejoso: Manuel Camacho Solís. Ministro ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: María Guadalupe Saucedo Zavala y Antonio González García, 3 de febrero de 1997. Suprema Corte de Justicia de la

una reforma constitucional es imposible, aún por razones de procedimiento; 7) Los tribunales constitucionales modifican el sentido y el alcance de la democracia: “la ley deja de encontrar su sentido en la voluntad de los elegidos y pasa a encontrarla en la Constitución tal y como la interpretan e imponen los jueces constitucionales; los ciudadanos ya no quedan desamparados, sino que encuentran en el recurso a los tribunales constitucionales el instrumento que les permite controlar, entre dos elecciones, el trabajo legislativo de sus representantes”,<sup>40</sup> es obvio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta el momento no significa nada de eso; y 8) Los tribunales constitucionales potencian, maximizan los derechos fundamentales, conforme a los principios *pro homine* y *pro libertates*, para ello, suelen: a) Aplicar directamente como parámetro del propio juicio las disposiciones de las convenciones internacionales sobre los derechos fundamentales, sobre todo en los ordenamientos que prevén la incorporación en la Constitución de normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien que reconozca a dichas normas una fuerza superior a la ley ordinaria, b) Aplicar el principio de que, en caso de conflicto, las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, c) Utilizar el criterio de la interpretación constructiva, con base a la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional, y d) Apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad dar desarrollo a la eficacia jurídica de un determinado derecho.<sup>41</sup>

Desde luego que nada de lo anterior realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación ni el poder judicial federal en su conjunto. En el sistema de los tribunales constitucionales, el legislador tiene un juez específico que vigila sus decisiones, a diferencia de los sistemas judiciales no hay materias vedadas —*justiciability doctrines* o *political*

Nación, *Amparo contra el procedimiento de reformas a la Constitución*, serie debates, pleno, México, 1997.

<sup>40</sup> Rousseau, Dominique, *op. cit.*, nota 36, pp. 106 y 107.

<sup>41</sup> Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 179 y 180.

*questions*— todas las materias están sujetas al conocimiento de dichos tribunales. Por lo que me parece que no es posible confundir o decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un Tribunal Constitucional.

#### IX. EL PODER JUDICIAL NO ESTÁ A LA ALTURA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

No lo está, decide sin resolver (dos de tres amparos son sobreseídos), y las acciones de constitucionalidad y las controversias constitucionales son para la clase política y no para los ciudadanos. Los tres puntos que deben revisarse en el Poder Judicial son: el acceso a la justicia, la independencia externa e interna y la eficiencia.

En un estudio fundamental de hace algunos años, dos investigadoras mexicanas del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) publicaron un ensayo con el título: “El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver”,<sup>42</sup> en él daban cuenta de cómo el juicio o recurso históricamente más apreciado por los mexicanos, el juicio de amparo, ha perdido su finalidad de garantizar el respeto a la Constitución y los derechos humanos. Según la estadística del propio Poder Judicial, dos de cada tres asuntos se sobresean, es decir, el Poder Judicial Federal no entra al fondo de los asuntos, evade la problemática social con lo que los problemas subsisten al igual que las violaciones a las garantías individuales. El Poder Judicial federal es incapaz de enfrentar la realidad nacional con ojos y espíritu constitucionales. La proliferación de los sobreseimientos además de las razones jurídicas que puedan esgrimirse obedece sobre todo a que los jueces federales son evaluados por su capacidad para dictar el mayor número de sentencias y, por ello, y por su falta de compromiso con una cultura jurídica constitucional, no atienden la sustancia del asunto, buscan afanosamente una deficiencia formal para dejar de estudiar el fondo. Analizar los elementos torales de cada demanda de amparo les implicaría entre diez y quince veces el tiempo que ocu-

<sup>42</sup> Magaloni, Ana Laura y Negrete, Layda, “El Poder Judicial y su política de decidir sin resolver”, Documento de Trabajo, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, diciembre de 2001, *passim*.

pan en una demanda de sobreesimiento. Se hace como que se decide, se hace como que se enfrentan los problemas de los ciudadanos sin hacerlo efectivamente. Posteriormente, en informes oficiales dan cuenta de la solución de miles de asuntos que no quedaron para nada resueltos, ni del lado de las autoridades ni del punto de vista de los ciudadanos. La función primaria del Poder Judicial, que es decir el derecho queda en entredicho. La indeterminación propia de todo el sistema normativo no se ve aclarada por el Poder Judicial, los conflictos interpretativos quedan sin resolver. Su actuación es un engaño para la sociedad. ¿De qué sirve crear más tribunales si se va a seguir el mismo patrón? ¿De qué sirve destinar tantos recursos públicos para un Poder Judicial que no resuelve?

En cuanto al acceso al sistema de justicia, problema de contornos múltiples, éste se ve bloqueado por muchas causas, una de ellas porque muchos sectores sociales, sobre todo minorías que promueven derechos colectivos, sociales o difusos, no cuentan con instrumentos de tutela.<sup>43</sup> Los mecanismos constitucionales de protección están pensados desde una visión individualista. Hacen falta instrumentos constitucionales y legales para la protección de intereses colectivos y difusos, tal como ocurre en algunos países latinoamericanos como Brasil, acciones que garanticen derechos de consumidores, ecologistas, madres solteras, discapacitados, homosexuales, etcétera.

Otro gran problema relacionado con el acceso a la justicia tiene que ver con la impunidad en materia penal. Estudios del CIDE señalan que se castiga menos del 1% de los delitos cometidos.<sup>44</sup> Hay análisis que establecen que la posibilidad de que el presente autor de un delito llegue ante la autoridad judicial es del 3.3% del total de los delitos denunciados, lo que equivale a decir que la impunidad se da en el 96.7% de los casos.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004, *passim*. y Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, UNAM, 2004, *passim*.

<sup>44</sup> Bergman, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la encuesta de población en reclusión en tres entidades de la República mexicana*, México, CIDE, 2003, p. 32.

<sup>45</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia y Ministerio Público en México*, México, CIDAC-FCE, 2004, p. 220.

Tan importante como la apertura a la justicia es la independencia judicial. Ésta es una asignatura independiente en nuestro país, pues aunque se haya logrado cierta independencia del Poder Judicial Federal respecto al Ejecutivo, poco se conoce sobre la influencia que los factores reales de poder (partidos, sindicatos, medios de comunicación electrónica, etcétera) ejercen sobre el Poder Judicial Federal y los poderes judiciales locales. La independencia interna se ve, entre otros factores, complicada por la existencia de la jurisprudencia obligatoria, la que condiciona el actuar de los ámbitos judiciales de menor jerarquía y produce jueces autómatas, sin capacidad para la reelaboración del derecho.

Un elemento fundamental de la independencia judicial, como lo recuerda Linn Hammergen,<sup>46</sup> es la rendición de cuentas. Las diversas instancias del Poder Judicial deben estar sometidas a un escrutinio y control, tanto institucional como ciudadano, aún mayor que otros poderes y órganos estatales, sobre todo porque no tienen legitimidad democrática directa. Ello exige más transparencia, más deliberación y más democracia interna que en otros poderes. La *accountability* social debe en especial hacerse presente mediante figuras como la auditoría ciudadana, además de que se deben potenciar los mecanismos de fiscalización externa.

Sobre la eficiencia, habría que decir que ésta implica ver la tarea de administrar justicia como política pública, organizar los tribunales no para que hagan “más de lo mismo” sino a partir de necesidades reales y capacidades disponibles, lo que tiene relación con la estructura y el reparto del poder dentro de la organización judicial, son cambios en la administración y gestión de los tribunales con el fin de que en otras cosas se presten los servicios judiciales de manera pronta y expedita, con una vinculación mayor con la sociedad, con más transparencia y control por parte de los ciudadanos.<sup>47</sup> El enfoque sobre la eficiencia judicial es reciente en México y el Poder Judicial Federal,

<sup>46</sup> Hammergen, Linn, “La experiencia peruana en reforma judicial: tres décadas de grandes cambios con pocas mejoras”, en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 289-333.

<sup>47</sup> Vargas Viancos, Juan Enrique, “Eficiencia en la justicia”, en Pásara, Luis (comp.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 455-512.

hasta el momento ha hecho muy poco por concebirse en términos de este elemento.

Todo lo expuesto nos indica que el Poder Judicial sigue viviendo en la precariedad, que está muy lejos de los ciudadanos, que no existen mecanismos procesales adecuados para que éstos accedan a la justicia, que la independencia judicial es muy endeble y, en cuanto a la eficiencia, el poder judicial no planea su actuación a partir de esa variable. Necesitamos transformaciones en los campos anteriores y, desde luego, también en la cultura jurídica de los juzgadores.

#### X. RECUPERAR EL CONCEPTO REFORMA DEL ESTADO

Con el diseño institucional que tenemos, con este nivel de protección a los derechos humanos y con la cultura jurídica dominante no progresaremos.

La reforma del Estado debe ser analizada en una triple perspectiva: nuevos diseños institucionales, maximización de los derechos humanos, y una cultura jurídica nueva basada en el derecho como argumentación.<sup>48</sup> El tema del diseño entraña la revisión del entramado institucional nacional, sobre todo lo que se vincula a las reglas de ejercicio del poder público, la participación y la deliberación ciudadana. La maximización de los derechos humanos incluye, entre otras cosas, la incorporación plena a nuestro ordenamiento de las normas sobre derechos humanos del derecho internacional, y el cambio en la cultura jurídica tiene como eje la concepción del derecho como argumentación. Sobre las tres perspectivas hay resistencias, al grado que algunos sectores niegan cualquier posibilidad de reforma del Estado.

Para terminar o consolidar nuestro proceso de tránsito democrático requerimos de la reforma del Estado. Un régimen democrático requiere de nuevas reglas, instituciones y una concepción libertaria e igualitaria del derecho. Si no se entiende esto, la democracia mexicana quedara como una democracia electoral sin que el ejercicio del poder, el funcionamiento de las instituciones, la actuación de autoridades y jueces, responda a comportamientos democráticos comprometidos con los derechos humanos y su ampliación. El reto que tene-

<sup>48</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 7, *passim*.

mos como sociedad es transformar el sistema político de manera integral a través de reformas jurídicas profundas. Sólo así podremos contar con un contexto garantista y asumirnos como un Estado constitucional.

Los tres ejes o vertientes de la reforma del Estado son necesarios. Es preciso revisar el diseño institucional, la relación entre los poderes públicos, las posibilidades de construcción de un régimen parlamentario o semiparlamentario para ensanchar los ámbitos de democratización, incorporar mecanismos participativos y deliberativos,<sup>49</sup> y edificar una cultura vigorosa de los derechos humanos que se oriente por una concepción argumentativa del derecho. Si premiamos sólo uno de los ejes impediremos que la reforma del Estado tenga la integridad necesaria para nuestro desarrollo.

Las resistencias para esta transformación nacen del temor a perder los privilegios del *status quo*. Tanto la clase política como los sectores dominantes de la sociedad se resisten a un cambio de esta magnitud porque piensan que en el nuevo contexto no recibirán los beneficios que hasta ahora tienen. No hacer el cambio también generará consecuencias en términos de inestabilidad y de rompimiento social.

## XI. LO JURÍDICO NO ES UN DATO SECUNDARIO

Durante los últimos treinta años, el derecho se ha visto por los centros de decisión como un elemento secundario de nuestro desarrollo. De ahí nuestro atraso: democracia delegativa —electoral—, debilidad y carencia institucional para la democracia y la protección de los derechos.

Lo jurídico no es un dato más. Teóricos del calibre de Fukuyama han reconocido que el fracaso de las políticas de desarrollo en el Tercer Mundo se debe en buena medida al descuido de la variable

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo y deliberativo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 55-89. También Concha Cantú, Hugo A. (coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

jurídica.<sup>50</sup> Por eso, en la actualidad, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional comienzan a darle el peso debido a lo jurídico. Sin poderes judiciales independientes, sin órganos de fiscalización robustos, etcétera, no hay posibilidades de desarrollo. La democracia y el Estado de derecho sin ellos son una mascarada. De ahí que Guillermo O'Donnell haya acuñado el término de democracia delegativa para referirse a las democracias latinoamericanas que no cuentan con suficientes y poderosos mecanismos de control horizontales (Ministerio Público, jueces, órganos de fiscalización, etcétera, de carácter realmente independiente, y con competencias mucho más amplias que las actuales).<sup>51</sup>

No hay tarea más importante en nuestro país que construir un Estado constitucional y una democracia auténtica. Esos son los verdaderos instrumentos del cambio y del desarrollo social. Sin instrumentos jurídicos democráticos, la sociedad civil no tiene campo fértil para su desarrollo. De lo que se trata es que la sociedad presione cambios en el Estado y, en la medida de lo posible, el Estado en la sociedad.

<sup>50</sup> Fukuyama, Francis, *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*, Barcelona, Ediciones B, 2004, p. 20.

<sup>51</sup> O'Donnell, Guillermo, *Counterpoints. Selected Essays on Authoritarianism and Democratization*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1999, pp. 159 y ss.