



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Ortega García, Ramón

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLVI, núm. 137, mayo-agosto, 2013, pp. 601-646

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728283006>

- ▶ 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

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN MÉXICO* *CONSTITUTIONALIZED LAW IN MEXICO*

Ramón ORTEGA GARCÍA**

RESUMEN: En el presente ensayo se defiende la idea de que el derecho mexicano ha sido parcialmente constitucionalizado a raíz de la reforma al artículo primero de la Constitución de junio de dos mil once. En este precepto es posible hallar algunas condiciones de la constitucionalización de los ordenamientos legales. A lo largo del trabajo se lleva a cabo un análisis de cada una de esas condiciones y al final se discute si dicha reforma constitucional supone en realidad un nuevo paradigma jurídico.

Palabras clave: constitucionalización, neo-constitucionalismo, ponderación, interpretación constitucional, paradigma jurídico.

ABSTRACT: In this essay I defend the idea that the mexican legal order has been partially constitutionalized since the amendment to the first article of the Constitution in june 2011. I argue that some conditions of a constitutionalized legal system can be found in this rule. An analysis of those conditions is carried out through the work and in the end I discuss the matter of whether this constitutional change amounts to a new legal paradigm.

Keywords: *Constitution, Constitutionalism, Balancing, Constitutional Interpretation, Legal Paradigm.*

* Artículo recibido el 26 de septiembre de 2012 y aceptado para su publicación el 20 de marzo de 2013.

** Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Candidato a investigador nacional por Conacyt.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVI, núm. 137,
mayo-agosto de 2013, pp. 601-646.

D.R.© 2013. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos*. III. *El artículo 1o. de la Constitución mexicana y las condiciones de constitucionalización*. IV. *¿Cambio de paradigma?: algunas reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo argumentaré que el artículo primero de la Constitución mexicana, reformado el diez de junio de dos mil once, ha introducido un proceso de cambios en el ordenamiento jurídico nacional cuyo resultado ha sido la transformación de sus más importantes señas de identidad. En el léxico jurídico especializado hay un término que se usa para nombrar a ese proceso de cambios: constitucionalización. Se dice que un determinado ordenamiento jurídico está *constitucionalizado* cuando exhibe ciertos rasgos peculiares como consecuencia de dicho proceso. En las páginas que siguen me propongo examinar qué se entiende por constitucionalización de un ordenamiento jurídico, cuáles son sus principales condiciones y qué efectos derivan de que en un ordenamiento jurídico se produzcan semejantes cambios. La tesis central que sostengo es que el derecho nacional mexicano ha sido constitucionalizado —al menos parcialmente— a raíz de la reforma al artículo primero constitucional. Asumiendo esta idea como guía de mis futuras reflexiones, distinguiré, de la manera en que lo han hecho varios autores, un par de fenómenos concatenados: uno es propiamente la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, entendido como un proceso de cambios, en tanto que el otro es la teoría general que busca dar cuenta de ese proceso y de su resultado. Para aludir a esta teoría se ha venido utilizando el concepto de neoconstitucionalismo.¹ A pesar de

¹ Dice Comanducci que el nombre de neoconstitucionalismo surgió a finales de los años noventa en el seno de la Escuela genovesa de teoría del derecho para designar a un conjunto de tendencias pospositivistas de la filosofía jurídica contemporánea que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. Según sus partidarios —afirma—, el neoconstitucionalismo es una doctrina que nace justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar y, en algún sentido, suplantar tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo.

Ahora bien, aunque la expresión “neoconstitucionalismo” es relativamente reciente, los cambios doctrinales a que se refiere comenzaron a gestarse en Europa hace treinta o cuarenta años, a partir de la segunda posguerra. Cf. Comanducci, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 251-264. También publicado *id.*, en Escudero

ser fenómenos que se manifiestan en niveles o planos diferentes —pues la constitucionalización opera directamente sobre el ordenamiento jurídico transformándolo y el neoconstitucionalismo se articula como una teoría o conjunto de teorías cuyo propósito es explicar la estructura y funcionamiento del ordenamiento constitucionalizado—, lo cierto es que entre uno y otro hay una interacción recíproca. En efecto, la constitucionalización del ordenamiento jurídico impone la necesidad de adoptar la teoría neoconstitucionalista para que analice adecuadamente sus rasgos más importantes y, viceversa, el neoconstitucionalismo se despliega sobre un ordenamiento que previamente ha pasado por el proceso de constitucionalización y que se convierte en su objeto de estudio.² Por lo tanto, si bien en este trabajo cen-

Alday, Rafael (ed.), *Democracia, principios e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 247-261.

Si bien Comanducci ha definido y caracterizado con precisión al neoconstitucionalismo, distinguiendo tres variantes del mismo —teórico, ideológico y metodológico— con base en la clásica tripartición bobbiana del positivismo jurídico, es considerado uno de sus más acérrimos críticos, lo mismo que Guastini y otros miembros de la Escuela genovesa. Simultáneamente, y por paradójico que resulte, los autores que suelen vincularse al neoconstitucionalismo —Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky—, ni se presentan ni se reconocen a sí mismos como neoconstitucionalistas.

La literatura jurídica sobre el neoconstitucionalismo es extraordinariamente abundante. Algunas obras conocidas son Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 1995, pp. 173; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999, pp. 106; Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 254; Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo e positivismo giurídico*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 197; *id.* (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 276; Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 286; *id.* *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 334; Bongiovanni, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 214; Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 216; Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 159; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 443; Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p. 155.

² Según el propio Comanducci, la constitucionalización del derecho y el neoconstitucionalismo son dos grandes cambios ocurridos en el dominio jurídico —el primero de carácter estructural y el segundo doctrinal— que se relacionan fuertemente entre sí dado que uno favorece y sustenta al otro, en un proceso de acción y retroacción. Cf. Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *Constitución y teoría del derecho*,

traré mi atención en el tema de la constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional, también habré de referirme a los aspectos vinculados con la teoría del neoconstitucionalismo, que por cierto exhibe fuertes tintes antipositivistas.³

El orden de mi exposición será el siguiente: comenzaré refiriéndome al proceso de constitucionalización, a su significado y a las características que lo identifican. Luego enunciaré las condiciones de este fenómeno que, a mi juicio, han sido incorporadas en el ordenamiento jurídico mexicano a través de la reforma al artículo primero constitucional. En una sección posterior llevaré a cabo un breve análisis de cada una de esas condiciones, resaltando los vínculos que mantienen con el ordenamiento jurídico nacional de nuestro país. Finalmente, en la última parte del trabajo,

México, Fontamara, 2007, pp. 73-92. Publicado también en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo..., cit.*, nota anterior, pp. 85-121. La parte sustancial de este texto ya se contenía en Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, México, núm. 16, abril de 2002, pp. 89-112. También incluido en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, nota anterior, pp. 75-98.

³ En realidad, esta afirmación debe tomarse con cautela. De los autores constitucionalistas, Alexy y Dworkin son claramente antipositivistas pues no dudan en afirmar la existencia de una conexión necesaria y conceptual entre el derecho y la moral. Nino defiende que entre uno y otra hay una relación necesaria en los planos interpretativo y justificativo, pero no así en el metodológico, donde argumenta que los diversos conceptos de derecho son meras creaciones convencionales y que alguien puede utilizar un concepto descriptivo (*iuspositivista*) o normativo (*iustnaturalista*), dependiendo básicamente del contexto. Por su parte, Ferrajoli sostiene que el nuevo paradigma constitucionalista supone la completa realización del positivismo jurídico, alcanzando con él su máximo desarrollo. Y Comanducci ha señalado que la teoría del neoconstitucionalismo no es más que el positivismo jurídico de nuestros días. Por lo tanto, la contraposición entre positivismo y neoconstitucionalismo debe ser matizada.

Es interesante destacar cómo la concepción del constitucionalismo de Ferrajoli mantiene muchos puntos de coincidencia con las de Alexy, Dworkin y Nino, sobre todo porque los cuatro reconocen la presencia de una dimensión valorativa en el derecho, si bien entre ellos hay una diferencia importante, a saber: Ferrajoli cree que el componente axiológico (la validez sustantiva, el *deber ser*) deriva del derecho "puesto" por alguna autoridad, resultando ser un fenómeno puramente autoritativo; en tanto que para los demás, el elemento valorativo es el que prevalece sobre cualquier otro. Véase Atienza, Manuel, "Argumentación y Constitución", en Aguiló Regla, Josep *et al.*, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 113-190. Reproducido en Atienza, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho: una propuesta para el mundo latino*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008, pp. 231-283; Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica: problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 79-114.

haré alusión a las consecuencias que se siguen de la constitucionalización en el contexto específico de la cultura legal mexicana.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Hace más de una década se viene utilizando el término “constitucionalización” para nombrar a un fenómeno que ha introducido cambios radicales en los ordenamientos jurídicos de algunos países de Europa continental —principalmente España, Francia, Alemania e Italia. El origen de estos cambios ha sido la propia Constitución, convertida en una norma auténticamente obligatoria cuya fuerza es irradiada a todo el ordenamiento jurídico.

Riccardo Guastini define a la constitucionalización como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» de las normas constitucionales”.⁴ Esto supone que la constitucionalización comienza en la Constitución, pero termina extendiéndose a toda la estructura normativa. Y es que un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza, según expone Guastini, por tener una Constitución extremadamente invasiva y desbordante, en cuanto regula los aspectos más importantes de la vida política y social, incluyendo el comportamiento de los actores políticos y las relaciones entre particulares. Pero también condiciona la validez de la legislación, el desarrollo de la jurisprudencia y el estilo doctrinal. De modo que un ordenamiento constitucionalizado tiene una Constitución con plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas.

En este contexto, Guastini ha identificado siete condiciones que un determinado ordenamiento debe satisfacer para poder considerarlo constitucionalizado, si bien aclara que la constitucionalización no es una propiedad “todo o nada”, en el sentido de que el ordenamiento esté o no constitucionalizado en términos absolutos. Se trata más bien de una cues-

⁴ “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183, p. 153. También publicado en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s), cit.*, nota 1, pp. 49-73.

tión de grado debido a que un sistema puede estar constitucionalizado en mayor o menor medida, dependiendo de cuántas y cuáles condiciones estén satisfechas en el seno de dicho sistema.⁵ Esas siete condiciones son:

1. La existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (*a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto*, etcétera), pero siempre ejercido por un órgano judicial;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política;
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado;
6. La interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitu-

⁵ Cfr. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, pp.153-166. Por su parte, Prieto Sanchís ofrece el siguiente elenco de elementos caracterizadores del constitucionalismo fuerte —otro modo de referirse al proceso de constitucionalización:

- 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución;
- 2) supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes;
- 3) eficacia o aplicación directa de las normas constitucionales;
- 4) garantía judicial de la Constitución;
- 5) denso contenido normativo de la Constitución, y
- 6) rigidez constitucional.

Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 116 y 117.

ción, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas; y

7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado; así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos.⁶

⁶ Para un desarrollo más extenso de estas condiciones, véase Guastini, Riccardo, “La “constitucionalización”...”, *cit.*, nota 5, pp. 155 y ss. Merece la pena señalar que la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos ha dado paso al surgimiento del Estado constitucional contemporáneo, entre cuyas principales características destacan:

a) La supremacía de la Constitución, que tiene como corolario la muerte de la ley, según fue concebida por la ideología del Estado liberal de derecho, con los caracteres de generalidad y abstracción. En el Estado constitucional, en efecto, la ley deja de ser general y abstracta debido a la “pulverización” del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes sectoriales y temporales. Por lo demás, la ley también pierde su calidad de fuente suprema del ordenamiento jurídico al quedar subordinada a un poder más alto –el de la Constitución. Como resultado, Gustavo Zagrebelsky, uno de los primeros teóricos del Estado constitucional, ha constatado que: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede... el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta”, Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *cit.*, nota 1, p. 40. En el fondo, la llamada crisis de la ley obedece a múltiples factores de cambio sumamente complejos: se pueden identificar tanto causas externas como internas al ordenamiento jurídico. Entre estas últimas figura precisamente el impacto de la normativa constitucional sobre la ley que termina relegándola a un segundo plano. Al respecto, *efr.* Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 73 y ss.

b) La rematerialización de la Constitución, que significa que ésta se configura como una norma rematerializada, en el sentido de que posee una serie de contenidos materiales en forma de principios, valores y derechos fundamentales. Dicho rasgo comporta como consecuencia que la Constitución, en cuanto norma axiológicamente suprema, condicione la producción de las leyes, no sólo en el aspecto formal relativo a su producción, sino también material o sustancial, concerniente al contenido de las mismas. De ahí que las leyes puedan ser invalidadas por el tribunal constitucional cuando exhiban un contenido contradictorio con los principios de justicia que la Constitución consagra. En este contexto es donde cobra especial relevancia el control de la Constitución por parte de los órganos judiciales. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo...*, *cit.*, nota 1, pp. 15 y ss. Un estudio reciente y exhaustivo acerca de las condiciones materiales de validez jurídica es el de Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los*

Pues bien, en el presente ensayo voy a examinar únicamente las condiciones que considero que han sido incorporadas en la reforma del diez de junio de dos mil once, a través de la modificación del artículo primero constitucional. Si tengo razón, entonces el ordenamiento jurídico mexicano estaría orientándose hacia una constitucionalización —por lo menos parcial— en los términos indicados. Sólo haré un comentario previo acera de este último punto. Guastini sostiene que las dos primeras son condiciones necesarias de la constitucionalización en virtud de que ella sería inconcebible en su ausencia. Pero ha omitido fijar un orden jerarquizado entre las demás, lo que impide conocer la importancia concreta de cada una. Simplemente ha formulado algunas conjjeturas que no permiten determinar con exactitud cuáles son las que tienen mayor valor o peso. Por ejemplo, Guastini cree que las condiciones tres a siete son suficientes de un grado distinto de constitucionalización; la tercera y la quinta son elementos esenciales de este proceso; la cuarta y la sexta son condiciones meramente importantes; la tercera y la cuarta mantienen un nexo muy estrecho entre sí; la quinta se encuentra vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, y así por el estilo. En un trabajo más reciente, Guastini⁷ ha reiterado que las dos primeras son condiciones necesarias para que un ordenamiento cualquiera esté constitucionalizado. Las demás son aspectos o indicios del proceso de constitucionalización. Ello significa que no es

contenidos materiales en la validez jurídica, pról. de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Dykinson, 2008, p. 614.

Acerca de las características particulares del Estado constitucional de derecho, Prieto señala: “El núcleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de “quién” y “cómo” se manda, sino en gran parte también de “qué” puede o debe mandarse”, Prieto Sanchís, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 5-45.

Sobre el Estado constitucional y otras formas de Estado de derecho, haciendo hincapié en las similitudes y diferencias que existen entre ellos, véase Asís, Rafael de, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 89 y ss. En particular, este autor distingue dos modelos de Estado constitucional: el que denomina “modelo enfrentado al Estado de derecho” (propuesto por Zagrebelsky) y el llamado “modelo garantista” (cuyo principal exponente sería Ferrajoli).

⁷ Véase Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’...”, *cit.*, nota 5, p. 157.

posible saber cuánto vale cada una con el fin de precisar qué tan constitucionalizado está un determinado ordenamiento. Consecuentemente, todo aquél que no cumpla las condiciones tres, cuatro, cinco, seis o siete, o las cumpla sólo de manera aproximada, será un ordenamiento constitucionalizado en términos parciales. Es importante no perder de vista esta última acotación porque me parece que el derecho mexicano se encuentra precisamente en este supuesto: el de la constitucionalización parcial. Dando por descontadas las dos primeras condiciones que son *sine qua non*, diríase que el orden jurídico mexicano está parcialmente constitucionalizado puesto que en él es posible reconocer la presencia de (por lo menos) algunas de las demás condiciones de ese proceso.

III. EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LAS CONDICIONES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

A lo largo de este ensayo defenderé la tesis de que la reforma al artículo 1o. constitucional del 10 de junio de 2011 ha incorporado expresamente tres condiciones de constitucionalización. Si fuera necesario justificar esta tesis me parece que bastaría una lectura atenta del precepto invocado, tal como expongo enseguida. De acuerdo con el texto constitucional vigente, es un hecho establecido que el segundo párrafo del artículo 1o. estatuye la obligación de las autoridades de interpretar las normas sobre derechos humanos de conformidad con la Constitución [y los tratados internacionales de la materia];⁸ es decir, estatuye la condición sexta, relativa a la interpretación conforme de las leyes. Por otra parte, el mismo párrafo abre la posibilidad de interpretar las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, lo que parece implicar el recurso a la interpretación extensiva, que es la condición número cuatro relativa a la sobreinterpretación constitucional. Asimismo, el tercer párrafo del precepto citado establece la obligación de los órganos jurídicos de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, lo que permite inferir que las normas constitucionales sobre esta materia son directamente aplicables,

⁸ La referencia a los tratados internacionales está entre corchetes porque prefiero considerarlos por separado sin pronunciarme sobre la cuestión de si son o no parte de un supuesto bloque de constitucionalidad en el derecho mexicano.

sobre todo por parte de los jueces.⁹ Ésta es la condición quinta. De modo que —si lo que antecede es correcto— en el artículo primero constitucional sería posible hallar las condiciones cuatro, cinco y seis de constitucionalización, que habré de estudiar con más detenimiento en las páginas que siguen, procurando enfatizar su nexo con el ordenamiento jurídico mexicano.¹⁰

1. Condición cuarta: la “sobreinterpretación” del texto constitucional

Un tema que ha sido poderosamente influido por la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es el relativo al modo de interpretar la Constitución, entendida como un conjunto de disposiciones fundamentales que se contienen en un documento básico llamado “Constitución”, “carta magna” o “ley fundamental”, siendo éstos los nombres más comunes.

A la luz de lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”,¹¹ ésta posee la cualidad de ser un documento normativo

⁹ Dice el párrafo tercero: “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”.

¹⁰ Omitiré toda referencia a las demás condiciones de constitucionalización pues no están contenidas expresamente en el artículo primero constitucional. Con todo, creo posible argüir que la condición tercera, relativa a la fuerza vinculante de la Constitución, está implícita en dicho artículo. Hay al menos dos razones que me permiten llegar a esta conclusión. Primero, el precepto establece que las normas sobre derechos humanos deberán ser interpretadas conforme a las disposiciones constitucionales, lo cual tiene sentido sólo si se asume que la Constitución es una norma vinculante para los operadores jurídicos. Segundo, el precepto dispone que los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional deberán ser promovidos, respetados, protegidos y garantizados por todas las autoridades jurídicas, lo que supone que la Constitución no es más una declaración de buenos deseos ni un compendio de normas programáticas, sino una norma obligatoria. De ahí que la fuerza normativa de la Constitución aparezca implícitamente reconocida por el artículo primero constitucional. Podría decirse que ella constituye un presupuesto de las demás condiciones de constitucionalización.

¹¹ Cf. Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *Assaggi di metaetica due*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 97-123. Hay traducción al español de Ferrer Muñoz, Manuel, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo..., cit.*, nota 1, pp. 41-67; reproducido en Comanducci, Paolo, “Constitucionalización...”, *cit.*, nota 3, pp. 37-72; *id.*, “El neoconstitucionalismo”, *cit.*, nota 1, pp. 115-144; *id.*, *Democracia, principios e interpretación jurídica..., cit.*, nota 1, pp. 159-192.

—al igual que la ley— y la interpretación constitucional es considerada una especie de la interpretación jurídica, que a su vez se define como la adscripción de significado a un texto normativo en cuanto fuente autorizada del derecho, si bien exhibe algunas características peculiares en virtud de la naturaleza del propio documento. Ello se debe a que en los ordenamientos constitucionalizados contemporáneos, la Constitución incorpora un número muy importante de conceptos con un claro contenido moral,¹² que obligan al intérprete a recurrir a consideraciones valorativas para dotarlos de sentido. De ahí que la Constitución entrañe más dificultades al momento de ser interpretada y de ahí también que el neoconstitucionalismo teórico sostenga que la interpretación constitucional es diferente a la de la ley.¹³ Esto explica que en las últimas décadas se hayan multiplicado los estudios dedicados a la interpretación de la Constitución con el objeto de determinar su especificidad.¹⁴ En los siguientes párrafos no pretendo

¹² Véase Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 23, 2000, pp. 77-104. Reproducido en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 253-278; y con el título “La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos”, en Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho: ensayos de teoría jurídica contemporánea*, Lima, Ara editores, 2010, pp. 155-189.

¹³ Con todo, bajo el modelo descriptivo de la Constitución como norma, las diferencias respecto de la interpretación de la ley son solamente de grado. Véase Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *cit.*, nota 11, p. 111; *id.*, “Constitucionalización...”, *cit.*, nota 2, pp. 77 y 78. También véase Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353. Sin embargo, no todos aceptan que la interpretación de la Constitución sea verdaderamente específica; tal sería el caso de Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoría e metateoría del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 237-248. Hay traducción al español de Jordi Ferrer i Beltrán; Guastini, Riccardo, *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 287-303; también incluido con el título “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, en Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Pensar el derecho...*, *cit.*, nota 12, pp. 15-38.

¹⁴ A manera de ejemplo, véase Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 256; Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, pról. de Peter Häberle, Madrid, Tecnos, 1997, p. 182; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, pról. de Eduardo Espín Templado, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 592; Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, nota 13, pp. 105-118; Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp.

llevar a cabo un examen ni siquiera superficial sobre este complejo tema. Me concentraré solamente en la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales, que puede ser visto como un aspecto de aquél.

Lo primero que hay que señalar es que la sobreinterpretación de la Constitución es una consecuencia natural de su posición como norma suprema del ordenamiento jurídico y del hecho de que bajo la óptica del constitucionalismo aparece caracterizada como una norma con fuerza vinculante, en cuanto reguladora de todos los aspectos de la vida social y política. Y es que para cumplir la función que le asigna el Estado constitucional contemporáneo, la Constitución debe ser interpretada en un sentido distinto al literal. Las disposiciones constitucionales, digámoslo así, deben ser sobreinterpretadas, lo que es tanto como afirmar que su significado ha de ampliarse o extenderse hasta cubrir casos o situaciones que inicialmente no fueron previstos por el constituyente. Según afirma Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que permite colmar los vacíos o lagunas a nivel constitucional, eliminando en la medida de lo posible la discrecionalidad política del legislador.¹⁵

Ocurre que por medio de la sobreinterpretación, el intérprete constitucional extrae los contenidos normativos implícitos en el texto, creando normas jurídicas no expresadas. Y esta tarea de hacer explícito lo que no lo es se desarrolla mediante la técnica señalada de extender el significado de la disposición constitucional para cubrir casos no previstos por los autores de la misma, lo que supone equiparar a la sobreinterpretación de la Constitución con la interpretación extensiva, en tanto pertenece al género de la llamada interpretación correctora, entendida como la que atribuye a un texto, no su significado literal más inmediato, sino uno diverso, el cual puede ser más restringido o más extenso.¹⁶ Y sólo si el significado asigna-

91-119; Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 25-102.

¹⁵ Cf. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’...”, cit., nota 5, pp. 161-163.

¹⁶ Dice Guastini: “Diremo allore che è correttiva qualunque interpretazione che attribuisca ad un testo normativo non il suo significato letterale più inmediato, ma un significato diverso. Un significato diverso da quello letterale non può che essere: o più ristretto di quello letterale, o più ampio di quello letterale”. Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 366; id., *Distinguendo...*, cit., nota 13, p. 177.

do es más amplio que el estrictamente literal se hablará de interpretación extensiva.

Dicha técnica consiste, como lo expone Guastini, en extender el significado *prima facie* de una disposición jurídica para incluir en su campo de aplicación supuestos que no estarían cubiertos por ella de acuerdo a una interpretación literal estricta.¹⁷ Quien recurre a la interpretación extensiva puede optar por llevarla a cabo apoyándose en dos argumentos diferentes, aunque para algunos se trataría más bien de variantes de un solo argumento: *a similis*¹⁸ y *a fortiori*. El uso de ambos comporta como consecuencia la creación de una norma jurídica con la que es posible colmar una laguna.

En efecto, suponiendo que la disposición D expresa la norma jurídica NJ1 cuyo contenido es “Si SH1, entonces CJ”, donde SH1 es el supuesto de hecho regulado y CJ la consecuencia jurídica estatuida por la norma, y suponiendo además que hay un supuesto de hecho SH2 respecto del cual el ordenamiento jurídico no prevé solución alguna, pero que mantiene con SH1 una semejanza relevante y esencial, y entre ellos hay también lo que se conoce como identidad de razón, el argumento *a similis* permite aplicar la consecuencia jurídica CJ de la norma jurídica NJ1 al supuesto de hecho SH2, con lo cual se crea una norma jurídica diferente, NJ2, cuyo

¹⁷ En palabras del autor italiano: “*Si dice estensiva quella interpretazione che, per l'appunto, estende il significato prima facie di una disposizione così da includere nel suo campo di applicazione anche fatti-specie che, secondo l'interpretazione letterale, non vi rientrerebbero.*” Guastini, Riccardo, *Le fonti...*, cit., nota 16, pp. 368 y 369; *id.*, *Distinguendo...*, cit., nota 13, p. 179. Por su parte, Tarello afirma: “*Si riteneva aversi interpretatio extensiva allorquando l'interprete procedeva ad una extensio del significato del documento do legge, sia attribuendo ad una parola un significato più lato del comune, sia estendendo la portata della legge a coprire casi analoghi a quello cui la portata apparente della legge si riferisce, sulla base di ragioni equitative...*”; Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 35.

¹⁸ Esta es la analogía propiamente dicha —la *analogia legis*— que difiere de la argumentación con base en los principios generales del derecho —*analogia juris*. Un estudio completo de estas cuestiones se encuentra en Bobbio, Norberto, “Analogia”, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, pp. 1-16 [artículo publicado por primera vez en 1957]; *id.*, *Teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 265-273 [que reúne en un solo volumen los cursos *Teoria della norma giuridica* y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, impartidos en los años 1957-58 y 1959-1960, respectivamente]; Tarello, Giovanni, *L'interpretazione...*, cit., nota 17, pp. 350-357; Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986, p. 187; Salguero, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 275.

contenido es “Si SH2, entonces CJ”. La disposición D expresa, por ende, no una sino dos normas jurídicas, y la segunda, NJ2, cubre el supuesto de hecho SH2 que es considerado como una laguna, esto es, un caso sin solución en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el argumento *a fortiori* (en sus dos variantes, esto es, *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*) sigue la lógica trazada por el argumento *a simili* con una pequeña diferencia: mediante él se conviene en que el supuesto de hecho SH2 merece, por *mayoría de razón*, la consecuencia jurídica CJ establecida para SH1 en NJ1; es decir, mantiene que si bien entre SH1 y SH2 media la misma *ratio*,¹⁹ las propiedades específicas que rodean a SH2 hacen que esa razón cobre más peso y, por consiguiente, que en el supuesto de hecho SH2 se deba aplicar con *mayor razón* la consecuencia jurídica CJ. No obstante, el resultado del razonamiento es exactamente el mismo: la creación de una norma jurídica distinta a NJ1 que se usa para colmar una laguna.

Así, de lo dicho se colige que la sobreinterpretación de la Constitución supone extraer los contenidos normativos implícitos en el texto constitucional por medio de la interpretación extensiva, que consiste en ampliar o extender el significado de las disposiciones para cubrir casos que no están expresamente incluidos en su campo de aplicación. La interpretación extensiva puede desarrollarse con apoyo en los argumentos *a simili* y *a fortiori*, que lógicamente derivan en la creación de una norma jurídica inédita. Por lo tanto, la sobreinterpretación de la Constitución equivale a for-

¹⁹ La noción clave del razonamiento por analogía es la de *ratio legis*, en la que se fundan tanto la semejanza relevante y esencial entre el supuesto de hecho regulado y el supuesto de hecho no regulado, como la identidad de razón entre ambos. Y es que para la *analogia legis* es fundamental que entre el supuesto de hecho no regulado y otros supuestos de hecho regulados y semejantes haya un elemento en común, lo que requiere formular un juicio de valor que establezca que aquello en lo que coinciden los supuestos es esencial para su regulación jurídica. Para llegar a ese juicio de valor hay que partir del fin de la norma; hay que averiguar la *ratio*, en cuanto principio que sirve de fundamento a la conexión entre el supuesto de hecho regulado y la consecuencia jurídica. Además, el elemento en común a los supuestos de hecho debe ser la *razón suficiente* que justifica que al supuesto de hecho regulado se le atribuya precisamente esa y no otra consecuencia jurídica. De ahí que la *ratio legis* se identifique con el motivo o con el fin para el cual se dispuso la norma. Por eso, la comparación entre el caso examinado y el supuesto legal debe discernir si aquello en lo que se parecen pertenece a la *ratio* de la norma o, por el contrario, si es algo accesorio e irrelevante. Cfr. Salguero, Manuel, *Argumentación...*, cit., nota anterior, pp. 83 y ss.

mular normas implícitas o no expresadas por el constituyente, lo que a su vez equivale a reconocer que el intérprete constitucional crea derecho.²⁰

Estas consideraciones permiten ubicar a la sobreinterpretación de la Constitución bajo las coordenadas correctas. Lo que hay que determinar ahora es si aquélla se despliega sobre todo el texto constitucional o sólo sobre ciertas disposiciones. Y creo que la respuesta la tiene que dar la propia Constitución. En el caso del ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 1o. constitucional —no obstante su ambigüedad— autoriza la interpreta-

²⁰ De ahí que la interpretación extensiva sí comporte la creación de derecho por parte del intérprete. Sin embargo, no pocos autores distinguen entre interpretación extensiva y analogía, afirmando que sólo la segunda implica la creación de una *nueva norma jurídica*. Por ejemplo, Bobbio admite que la diferencia concreta entre ellas no siempre es fácil de reconocer y que la dificultad radica en que ambas operaciones emplean el mismo procedimiento lógico; lo que cambia es el ámbito en que ese procedimiento opera. Pues en la interpretación extensiva, donde el contenido de la norma se amplía para incluir casos no previstos, el razonamiento por analogía se mueve al interior de la norma, sin salir de ella. En cambio, en la *analogia legis*, donde se crea una nueva norma, hay que apelar a un principio común que se refiere tanto a la norma ya puesta como a la que hay que crear. En palabras del autor italiano: “...la prima operazione è quella per cui si estende il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti, ed è nota col nome di interpretazione estensiva; la seconda è quella con cui si produce una norma nuova, in quanto della norma expressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare, e viene chiamata interpretazione analogica, o, pura e semplicemente, analogia”: Bobbio, Norberto, “Analogia”, *cit.*, nota 18, p. 10.

Por su parte, Tarello sostiene que el argumento *a simili* puede entenderse como una regla de producción normativa o como una regla de interpretación. En este último supuesto, el argumento *a simili* se expresa por medio de la máxima “*lex minus dixit quam voluit*” y entonces el argumento funciona como vehículo de la interpretación extensiva, mientras que en su carácter de regla de producción de normas, el argumento *a simili* va más allá de la extensión del significado. *Cfr.* Tarello, Giovanni, *L'interpretazione...*, *cit.*, nota 17, pp. 351 y 352.

El propio Guastini considera que *conceptualmente* es posible trazar una distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica, pues la primera es un método interpretativo y la segunda un método de integración del derecho. Una cosa es decidir el significado de una disposición y otra diferente es crear una nueva norma. Pero Guastini reconoce que en los hechos esa distinción tiende a diluirse pues no se sabe con certeza dónde termina una y dónde comienza la otra. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Le fonti...*, *cit.*, nota 16, pp. 440 y 441.

Y Manuel Salguero señala que la interpretación extensiva y la analogía se parecen entre sí porque tanto una como otra son aplicaciones específicas del principio de universalidad, que dice que los casos similares deben ser tratados de manera igual, y porque en ambas hay una *ratio* subyacente. La diferencia entre ellas —agrega— es gradual y obedece a razones normativo-funcionales y lógicas. *Cfr.* Salguero, Manuel, *Argumentación*, *cit.*, nota 18, pp. 219-223.

ción extensiva de las normas sobre derechos humanos. El segundo párrafo de este artículo prescribe que deberán interpretarse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, y pese a que esta obligación se refiere a las normas *infraconstitucionales*, no debe olvidarse que la Constitución de un ordenamiento constitucionalizado, en cuanto norma vinculante y capaz de producir efectos jurídicos, exige que se le interprete yendo más allá de su sentido literal inmediato. Para regular todos los aspectos de la vida social y política,²¹ y condicionar la validez no sólo formal sino material de las demás normas jurídicas, la Constitución requiere ser *sobreinterpretada*. La constitucionalización del derecho sería defectuosa si a la Constitución no se le interpretara más que de conformidad con la letra del texto o con el sentido exacto y propio de las palabras empleadas en él. Por ende, hay que conceder que la sobreinterpretación es parte de la lógica inherente a ese proceso y que al final termina imponiéndola. En esta medida considero que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos demandan una interpretación correctora y extensiva, fundamentada en el principio *pro homine* que establece el segundo párrafo del artículo primero constitucional. Dicho estándar no sólo controla la interpretación de las leyes sobre derechos humanos, extendiendo su significado en busca de la protección más amplia a favor de la persona, sino también de la Constitución. De otro modo, ¿qué propósito habría en interpretar las leyes sobre derechos humanos conforme al principio *pro homine*, si la misma Constitución los acota o restringe a la letra del artículo constitucional? Esto revela que si en verdad se quiere dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, no hay más remedio que interpretar las cláusulas constitucionales sobre derechos humanos ampliando el significado de las mismas hasta cubrir situaciones que no están expresamente incluidas en

²¹ De acuerdo con la concepción contemporánea de la Constitución, ésta tiene como funciones organizar a la sociedad civil y modelar las relaciones sociales. La Constitución ya no sólo regula las relaciones verticales entre el Estado y los ciudadanos, sino también las relaciones horizontales entre estos últimos, siendo aplicable para resolver los conflictos entre particulares. Véase Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, pról. de Miguel Carbonell, Madrid, Mínima Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 48 y 49 [también publicado con pequeños cambios en *id.*, “La ‘constitucionalización’...”, *cit.*, nota 5, pp. 183-237].

su ámbito de aplicación, siempre que con ello queden mejor protegidos los derechos fundamentales de la persona.²²

2. Condición quinta: la aplicación directa de las normas constitucionales

Señalé en el apartado anterior que la sobreinterpretación de las cláusulas constitucionales es un aspecto específico de un problema más general: la interpretación de la Constitución, entendida como una especie de la interpretación jurídica *in abstracto*²³ que busca adscribir significado a un texto normativo. De acuerdo con lo que Comanducci llama “modelo descriptivo de Constitución”, ésta comparte con la ley la cualidad de ser un documento normativo y, en cuanto tal, debe ser interpretado de modo similar a los textos legales. La Constitución es un conjunto de enunciados pertenecientes al discurso de fuentes del derecho (disposiciones), cuyo sentido se obtiene mediante la actividad que lleva a cabo el intérprete. El producto de esa interpretación son las normas, en cuanto constituyen el significado de las disposiciones constitucionales.

Pues bien, Comanducci identifica otro modelo de Constitución como norma, el “axiológico”, que también la configura como documento normativo, pero exige que sus cláusulas incorporen contenidos materiales que sean valorados positivamente.²⁴ Bajo este modelo axiológico, la Constitución es en sí misma valiosa y su interpretación ya no es la misma que la de

²² Esta tesis presupone una doctrina liberal de la interpretación constitucional que prescribe que a la Constitución se le interprete de modo que se circunscriba lo más posible el poder del Estado en beneficio de los ciudadanos y, al mismo tiempo, se amplíe la esfera de los derechos individuales. De suerte que se realice a la par una interpretación restrictiva de todas las disposiciones que confieren poderes a los órganos del Estado y una interpretación extensiva de todas las disposiciones constitucionales que confieren derechos de libertad a los particulares. Véase Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 337.

²³ La interpretación *in abstracto* es la interpretación propiamente dicha, consistente en atribuir un significado al texto normativo, es decir, en determinar qué norma o normas expresa el texto. Se opone a la interpretación en sentido estricto, la cual equivale a decidir si la norma previamente individualizada es aplicable a un caso en particular. Véase Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio: lezioni*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 138 y 144.

²⁴ Cf. Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, cit., nota 11, pp. 108 y 109.

la ley.²⁵ La principal causa de ello es la presencia en la Constitución de los principios como un grupo de estándares que, diría Dworkin, se caracterizan por ser exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral.²⁶ Según lo expresado por este autor, hay entre las reglas y los principios una distinción lógica o fuerte.²⁷ Uno de los aspectos más impor-

²⁵ Bajo el modelo axiológico, la interpretación de la Constitución se da mediante una lectura moral de sus cláusulas. Quien más ha insistido en esta propuesta es Dworkin. Para él, la Constitución norteamericana expresa exigencias morales abstractas aplicables a casos concretos mediante juicios morales particulares. “La lectura moral propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia.”: Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 101-139. La lectura moral parte de la tesis de que los principios constitucionales son principios morales abstractos y que para establecerlos en el nivel más general posible hay que aceptar que todos ellos en conjunto comprometen a las autoridades con ciertos ideales políticos y jurídicos. Dworkin cree que tales ideales exigen que las personas sean tratadas como si tuvieran igual estatus moral y político; que el gobierno trate a todos con igual consideración y respete las libertades individuales. La lectura moral no promueve la libre creación del derecho por parte de los jueces. Todo lo contrario, busca acotar su discrecionalidad. Para alcanzar este objetivo, la lectura moral sostiene que la interpretación de las cláusulas constitucionales debe comenzar con lo que dijeron los redactores de la Constitución en el contexto histórico en que vivieron: se trata de averiguar qué quisieron decir, mas no cuál era su intención, es decir, lo que deseaban o esperaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron. Por otra parte, la interpretación constitucional va a estar controlada por el requisito de integridad, que impide a los jueces leer según sus propias convicciones morales. La lectura de las cláusulas morales abstractas ha de realizarse a la luz del diseño estructural de la Constitución como un todo y de interpretaciones más antiguas de otros jueces: “Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro que, en conjunto, elaboran una moral constitucional coherente, y deben tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto”.

²⁶ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

²⁷ *Ibidem*, pp. 74 y 75. Alexy también ha llegado a reconocer una diferenciación estricta o de carácter cualitativo entre reglas y principios fundada en la propiedad que tienen los últimos de ser mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86. De la misma manera, Atienza y Ruiz Manero han defendido una distinción fuerte entre reglas y principios desde un enfoque estructural y funcional. Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-44. Otros autores de

tantes de esa distinción radica en cómo son aplicadas las reglas y los principios en los casos concretos. Las primeras son aplicables a la manera de disyuntivas: “Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”;²⁸ en tanto que los segundos enuncian “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige[n] una decisión en particular”.²⁹

A diferencia de las reglas, los principios poseen una dimensión de peso o importancia que significa que: “Cuando los principios se interfieren... quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”.³⁰ Este rasgo ha hecho que la mayoría de los autores sostenga que mientras la subsunción es la técnica idónea para aplicar las reglas, los principios demandan un método diferente conocido como ponderación.³¹

plano aceptan únicamente una distinción débil o de grado entre reglas y principios, véase Carrión, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pp. 57-74; Pintore, Anna, *Norme e principi: una critica a Dworkin*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 24-27; Prieto Sanchis, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 32-64; *id.*, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Lez, principios..., cit.*, nota 6, pp. 47-68; y Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 89-104 [incluido también en Comanducci, Paolo, “Interpretazione della costituzione”, *cit.*, nota 11, pp. 81-95].

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio..., cit.*, nota 26, p. 75.

²⁹ *Ibidem*, p. 76. En términos muy parecidos, Zagrebelsky señala que los principios proporcionan criterios para tomar una decisión ante situaciones concretas. Como los principios carecen de “supuesto de hecho”—dice— no pueden aplicarse mediante la lógica de la subsunción; sólo se les hace reaccionar ante situaciones particulares. La aplicación de los principios requiere que, “cuando la realidad exija de nosotros una «reacción», se tome «posición» ante ésta de conformidad con ellos”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho..., cit.*, nota 1, p. 111.

³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio..., cit.*, nota 26, p. 77. En el mismo sentido, véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho..., cit.*, nota 1, p. 125.

³¹ Aunque muchos han criticado los términos precisos en que Dworkin traza la distinción entre los dos tipos de estándares, regularmente se acepta que la aplicación de los principios es diferente a la de las reglas. Con todo, no es que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si ambas operaciones fuesen mutuamente excluyentes. Lo que sucede es que tienen lugar en fases distintas de la aplicación del derecho. Según Prieto, la subsunción ocurre antes y después de la ponderación: “En otras palabras —dice—, antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios... Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir... esto es, mostrar que el caso individual que examinamos forma

El estudio de los principios y la ponderación es fundamental para el tema relacionado con la aplicación directa de la Constitución debido a que: 1) los principios son las normas constitucionales por antonomasia en los ordenamientos constitucionalizados³² (se habla incluso de un derecho principalista);³³ 2) los principios son normas que positivizan derechos humanos y los incorporan al ordenamiento jurídico a nivel constitucional, confiriéndoles supremacía jurídica;³⁴ 3) hay una omnipresencia de los

parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar creo que aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción.” Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución..., cit.*, nota 12, pp. 221-251. En el fondo, la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible. En este sentido, véase Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, nota 1, pp. 99-121; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2005, pp. 317 y 318.

³² Dice Zagrebelsky: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios.... Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho..., cit.*, nota 1, pp. 109 y 110.

³³ Véase Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos...”, *cit.*, nota 27, p. 97. También se ha hablado de una concepción principalista del derecho para aludir al no positivismo de autores como Alexy y Dworkin, véase García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 444.

Según Prieto, bajo la rehabilitación principalista se ocultan los siguientes lemas: más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más derecho que ley, más moralidad que derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que uniformidad política, menos relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al derecho, así como un derecho dúctil en lugar de un derecho a secas. *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “Diez argumentos...”, *cit.*, nota 27, p. 48.

³⁴ De este modo, los derechos quedan separados de la ley y protegidos de los abusos del legislador. Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho..., cit.*, nota 1, p. 51.

La supremacía de los derechos ha dado origen a uno de los problemas centrales del constitucionalismo: la disputa mantenida entre los partidarios de la democracia y los defensores de los derechos humanos. Quienes defienden la primacía de los derechos los consideran como límites a la democracia y aducen que el poder contra-mayoritario de los jueces se justifica en la medida en que lo ejercen para protegerlos. Esto repercute en la argumentación constitucional pues la superación del déficit de legitimidad democrática de los jueces constitucionales dependerá de que el discurso justificativo que desarrollen obedezca al modelo del diálogo racional, mismo que no podrá estar guiado exclusivamente por la idea de corrección. Lo que ocurre —dice Atienza— es que no se trata de un diálogo

principios constitucionales en todas las áreas del derecho y en todas las controversias mínimamente relevantes, de tal suerte que “es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación... en el texto constitucional...”;³⁵ 4) la Constitución produce un efecto de irradiación sobre la totalidad del ordenamiento jurídico a través de los principios, los cuales impregnán cualquier materia susceptible de regulación jurídica, por lo que “todo deviene derecho constitucional”³⁶ y 5) cuando al aplicar un principio constitucional se suscita un conflicto con otro, el intérprete ha de ponderarlos con base en el juicio de proporcionalidad para asignarles un peso relativo en el caso concreto, que es en lo que radica propiamente la ponderación.³⁷

Si, en efecto, el proceso de constitucionalización supone la aplicación directa de todas las normas constitucionales, entonces los órganos jurídicos deberían validar los principios de rango constitucional —en el sentido de darles fuerza o firmeza— sin necesidad de que haya una ley de por medio que los desarrolle o concretice. Sabido es que el artículo primero de la Constitución mexicana —a partir de la reforma del 10 de junio— prescribe a toda autoridad normativa la obligación de promover, respetar, proteger y *garantizar* los derechos humanos en el ámbito de sus competencias. De ahí que los jueces del país tengan que ponderar principios constitucionales o balancear derechos humanos, convirtiéndose en aplicadores directos de la Constitución y ya no exclusivamente de la ley. Esta capacidad virtual del juzgador es corroborada por el hecho de que los principios de los actuales ordenamientos constitucionalizados no cumplen más la

puramente filosófico, sino de uno condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas, lo cual sugiere que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que vale la pena tomar en cuenta. *Cfr.* Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *cit.*, nota 3, pp. 170-172.

³⁵ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, nota 1, pp. 123-158. Continúa diciendo este autor que “... detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice...”, y que “...la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas...”, etcétera.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Para Atienza, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, supone siempre la ponderación en cualquiera de sus formas, esto es, la ponderación en sentido estricto (que se da sobre principios) o lo que él llama concresión (que opera en relación con las directrices). *Cfr.* Atienza, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *cit.*, nota 3, p. 164.

función de ser fuente jurídica secundaria y supletoria como los antiguos principios generales del derecho, que debían colmar las lagunas a falta de regla legislada,³⁸ haciendo realidad el postulado de la plenitud del ordenamiento sobre el que se fundó el positivismo jurídico estatalista y legalista del siglo XIX.³⁹ Los principios del nuevo constitucionalismo son normas jurídicas con individualidad propia,⁴⁰ vinculantes y de aplicación directa. Por eso es necesario insistir en la importancia de la ponderación de los principios constitucionales. En este sentido, las teorías que se articulan a su alrededor son muy diversas. Sin ánimo de exhaustividad me parece que podrían clasificarse en tres grandes grupos, si bien es necesario mencionar que hay posiciones que probablemente no serían reconducibles a ninguno.⁴¹ Por eso, la clasificación que propongo, más que una lista definitiva y cerrada, ha de verse como una mera guía orientadora.

³⁸ Se afirma que, en realidad, los principios generales del derecho cumplían tres funciones: fundamentadora o informadora de todo el ordenamiento jurídico; interpretativa de las normas jurídicas y supletoria de la ley y la costumbre. Véase Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 163; Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en Varios Autores, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 335-360; y Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación*, cit., nota 14, pp. 127 y 128.

³⁹ Véase Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 243.

⁴⁰ Dejo de lado el problema de si los principios pueden ser identificados o no por medio de la regla de reconocimiento, el cual, como se sabe, ha dado origen a la disputa al interior del positivismo jurídico poshartiano entre positivistas excluyentes y positivistas incluyentes. Para una visión general del problema con inclinaciones hacia el positivismo excluyente, véase Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, p. 283. Sobre la visión opuesta proclive al positivismo incluyente, véase Moreso, José Juan, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116. Sobre mi posición personal acerca del positivismo incluyente y excluyente, Ortega García, Ramón, *Compromiso mutuo y derecho: un enfoque convencionalista*, México, Jurídica de las Américas, 2010, pp. 148 y ss.

⁴¹ Sería el caso de Habermas, quien critica a la ponderación porque privaría a los principios constitucionales de todo poder normativo y conducirían a la irracionalidad, o el de José Juan Moreso, quien ha optado por seguir una vía intermedia entre el universalismo y el particularismo en estos asuntos. Véase Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico*, cit., nota 15, pp. 74-102.

De acuerdo con esa clasificación, un primer grupo de teorías estaría formado por las que afirman que la ponderación aumenta la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho, dado que no hay una jerarquía estable y general entre los principios. Para Comanducci, uno de los exponentes más representativos de esta tendencia, no es que no haya buenas razones para promulgar principios, o para configurarlos o ponderarlos. Su escepticismo se basa, más bien, en que estas actividades no persiguen el valor de la seguridad jurídica, sino

otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones “al por mayor”, el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente la étero [sic] y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo.⁴²

Pero sin importar cuán valiosos puedan ser todos estos fines, el recelo de Comanducci hacia los principios y la ponderación está motivado por su rechazo a la existencia de una moral objetivamente válida, susceptible de ser conocida, compartida y aplicada por todos los jueces. En ausencia de una moral común, sostiene, la promulgación y la ponderación de principios aumenta la discrecionalidad del juez, quien decide los casos “haciendo referencia a sus propias y subjetivas concepciones de la justicia”,⁴³ y esto, a su vez, incrementa la incapacidad de prever por anticipado las consecuencias jurídicas de las acciones, es decir, la indeterminación *ex ante* del derecho, con lo cual la seguridad jurídica queda seriamente en entredicho.

El segundo grupo lo constituyen las teorías que asumen que el conflicto entre dos principios puede ser visto en términos de una antinomia parcial-parcial,⁴⁴ según la clasificación establecida por Ross, y afirman que el método más indicado para resolverla consiste en instituir una relación

⁴² Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos...”, *cit.*, nota 27, p. 104; véase *id.*, “Constitucionalización...”, *cit.*, nota 2, p. 87.

⁴³ *Id.*, “Principios jurídicos...”, *cit.*, nota anterior, p. 103.

⁴⁴ Dice Guastini: “Orbene, il bilanciamento dei principi presupone anzitutto che i due principi coinvolti, P1 y P2, siano interpretati nel senso che le classi di fattispecie da essi disciplinate si sovrappongono solo parzialmente, sicché l’antinomia che ne resulta sia del tipo “parziale-parziale”. Guastini, Riccardo, *Distinguendo...*, *cit.*, nota 13, p. 144.

jerárquica entre los principios que se contradicen: una jerarquía axiológica y móvil fundada sobre un juicio de valor subjetivo del intérprete. Guastini, quien mejor representa esta postura,⁴⁵ asevera que para resolver una antinomia parcial-parcial, hay que asignar a una de las dos normas un mayor peso respecto de la otra. La norma dotada de mayor valor es la que prevalece, en el sentido de que es aplicada, mientras que la norma axiológicamente inferior, sucumbe, en el sentido de que es descartada. Pero esta comparación sólo vale para el caso concreto que se examina, puesto que todos los principios tienen el mismo valor en abstracto. Por eso, la jerarquía axiológica que resuelve el conflicto es inevitablemente cambiante e inestable: nada impide que pueda invertirse en casos futuros.⁴⁶

Finalmente, el tercer grupo de teorías se distancia de los dos anteriores en tanto que, por un lado, no guarda recelo frente a la ponderación: no la mira con escepticismo como Comanducci, sino que la reconoce como una pieza clave del constitucionalismo contemporáneo; por el otro, rechaza que la ponderación sea producto de la arbitrariedad y de las pasiones subjetivas del juez, al estilo de Guastini, y en cambio propone dotarla de controles o parámetros de racionalidad. Este tercer grupo lo encabeza Alexy con su tesis que considera a los principios como mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Dicha caracterización supone que un conflicto entre dos principios deberá resolverse de manera diferente a como se resuelven las contradicciones entre reglas. Cuando dos reglas se contradicen, en efecto, el intérprete recurre a los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, y el resultado será que alguna de las reglas deje de ser válida o que una opere como excepción de la otra, restringiendo el ámbito de validez de esta última. Por el contrario, cuando el conflicto se entabla entre dos prin-

⁴⁵ Una posición similar es la de Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego: conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 93.

⁴⁶ “L’operazione di balciamento dei principi si fonda dunque su una peculiare interpretazione dei principi di cui si tratta, nonché su un soggettivo giudizio di valore (un giudizio in termini di “giustizia”) del giudice... Inoltre, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull’altro (come accadrebbe invece se si adottasse il criterio *lex specialis*); ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri”. Guastini, Riccardo, *Distinguendo...*, cit., nota 13, p. 145.

cipios, ambos seguirán siendo válidos, por más que en el caso concreto y dependiendo de las circunstancias, uno sea el que triunfe en definitiva.

Según Alexy, para resolver el conflicto entre dos principios hay que establecer una relación de precedencia condicionada, es decir, una regla que estipule las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro. La construcción de esa regla ha de ajustarse a una estructura de ponderación que da paso al principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los primeros dos expresan la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de los principios en juego de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, mientras que el tercero expresa la pretensión de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas, determinadas por otros principios que pugnan en sentido contrario.⁴⁷

De los tres subprincipios de la ponderación, el más importante es el tercero, el de proporcionalidad en sentido estricto. Alexy lo denomina “ley de ponderación” y la resume así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴⁸ Este juicio de proporcionalidad, a su vez, puede desglosarse en tres fases sucesivas: la primera consiste en establecer el grado de afectación al primer principio; la segunda en determinar la importancia de satisfacer el principio contrario y la tercera en averiguar si la conveniencia de dar cumplimiento a un principio justifica el menoscabo del otro. Alexy señala que la intervención que sufre un principio se clasifica en leve, moderada y alta, y las razones que justifican esa interferencia pueden ser más fuertes o más débiles. Ello le permite asegurar que, frente a un conflicto entre dos principios constitucionales, si la afectación de uno es alta y las razones que justifican la intervención a favor del otro son débiles, entonces dicha interferencia viola el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, Alexy mantiene que la ponderación puede servirse de la aritmética para establecer si la violación a un principio es grave, moderada o leve, y si el peso abstracto del principio es bajo, medio o alto, asignándoles valores numéricos que se expresarían

⁴⁷ Para un estudio de estos subprincipios, véase Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación*, cit., nota 31, pp. 308-314; y Orunesu, Claudina, *Positivismo jurídico...*, cit., nota 15, pp. 84 y ss.

⁴⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos*, cit., nota 27, p. 161.

en una fórmula matemática, misma que haría posible establecer el peso concreto de cada principio en el caso de que se trate.

Pues bien, más que tomar partido por alguna de estas posiciones —que no están exentas de problemas ni han logrado salvarse de las críticas— me limitaré a expresar algunas tesis básicas relacionadas con la ponderación que podrían servir de base para futuras especulaciones. Son cinco tesis que constituirían algo así como el contenido mínimo de la ponderación, a saber:⁴⁹ 1) la colisión entre dos principios se presenta cuando en algún caso concreto concurren de modo simultáneo y conflictivo, pues si se les considera *in abstracto*, todos los principios tienen igual valor, no habiendo un orden de prelación entre ellos; 2) el conflicto entre dos principios no puede resolverse mediante los criterios tradicionales de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*; ello supone que los principios en pugna conservan su validez intacta, aunque en el caso particular uno termine desplazando al otro; 3) la tensión entre los dos principios se resuelve mediante un orden de preferencia por el que se determina cuál posee mayor peso concreto de acuerdo a las circunstancias del caso en cuestión; esto es posible porque los principios no constituyen razones concluyentes para actuar, sino sólo razones *prima facie*; es decir, razones que pueden ser derrotadas por otras más fuertes; 4) para establecer ese orden de preferencia en el caso individual se hace necesario recurrir al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser considerado como el verdadero núcleo de la ponderación; y 5) esta técnica tiene un carácter valorativo y comporta un margen de discrecionalidad más o menos amplio por parte del juez, si bien no hay que pensar en ella como una operación puramente arbitraria, como un juicio basado en la mera intuición, la corazonada o el presentimiento, sino como un método ajustado a cánones de racionalidad.

Para concluir, cito unas palabras de Luis Prieto Sanchís relativas al desafío que representa la ponderación en todas aquellas jurisdicciones en donde los jueces comunes actúan como aplicadores directos de la Constitución —que me parece es el caso de México a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional de 2011—:

⁴⁹ Véase Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución...*, cit., nota 12; *id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota 1.

... el desafío que presentan una Constitución rematerializada y el siguiente juicio de ponderación no se cifra tanto en que ello permita el control abstracto de la ley a partir de valoraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino en que se abre el juicio de constitucionalidad a los discursos aplicativos, con dos importantes consecuencias: la primera es que, con independencia de si en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, en ocasiones su juego deberá traducirse en una desaplicación; esto es, en un reconocimiento de que, a pesar de que la ley es constitucional y pertinente al caso, debe sin embargo quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. La segunda consecuencia es que, al abrirse a los discursos aplicativos, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario.⁵⁰

4. Condición sexta: la interpretación conforme a la Constitución

Esta condición de la constitucionalización supone que para los jueces y demás operadores del derecho es obligatorio interpretar las leyes de manera tal que su significado esté de acuerdo con el de la Constitución, en cuanto norma suprema del ordenamiento. Guastini la llama interpretación “adecuada” o “armonizante” de las leyes:

La interpretación adecuada es aquella que adecúa, armoniza la ley a la Constitución (se entiende, previamente interpretada), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es obviamente el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional.⁵¹

Para comprender mejor las ideas expuestas en este párrafo, conviene analizar algunos presupuestos de carácter teórico que guardan relación

⁵⁰ *Id.*, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución..., cit.*, nota 12, p. 250.

⁵¹ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’...”, *cit.*, nota 5, p. 165. Según otros autores: “... se habla de interpretación conforme a la Constitución... cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son”; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación..., cit.*, nota 31, pp. 286 y 287.

directa con el tema de la interpretación jurídica. Uno de esos presupuestos es la diferencia que suele establecerse entre disposición y norma.

Siguiendo al profesor italiano,⁵² una disposición es todo enunciado que pertenece a una fuente del derecho (*i. e.* Constitución, tratado, ley, código, reglamento, circular, sentencia, etcétera), en tanto que una norma es el contenido de ese enunciado, es decir, el significado de la disposición. Se trata de una diferencia crucial pues la interpretación jurídica, como actividad, tiene por objeto los enunciados adscritos al discurso de las fuentes, esto es, las disposiciones, mientras que el resultado de esa actividad son propiamente las normas. Una norma viene siendo, pues, una disposición interpretada y, en este sentido, reformulada por quien la interpreta. También es un enunciado, pero a diferencia de la disposición, pertenece al lenguaje o discurso del intérprete.

Dice Guastini que la importancia de la diferenciación entre disposiciones y normas radica en que no hay una correspondencia biunívoca entre unas y otras.⁵³ Esto se debe, en primer lugar, a que muchas disposiciones poseen un significado complejo: expresan una multiplicidad de significados simultáneos. Desde este punto de vista, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *conjuntas*. En segundo lugar, muchas disposiciones son ambiguas: expresan una multiplicidad de significados alternativos. Cuando esto ocurre, a una sola disposición le corresponden múltiples normas *disyuntivas*. También puede acontecer que dos disposiciones sean perfectamente sinónimas o iguales, de suerte que a las dos les corresponda la misma norma. O puede suceder que sólo sean parcialmente sinónimas y que expresen conjuntos de normas que en parte se sobrepongan, siendo redundantes. Asimismo, puede haber disposiciones que no ex-

⁵² Cfr. Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica...*, cit., nota 22, pp. 15 y ss.

⁵³ En el mismo sentido se pronuncia Ezquiaga Ganuzas: “Aunque... la norma se identifica con el significado atribuido a una disposición como consecuencia de su interpretación, la relación entre disposición y norma no es biunívoca, es decir, cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición”; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 51.

Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg también coinciden al afirmar que: “Entre formulación normativa y norma no existe, desde luego, una correspondencia biunívoca, pues dos o más formulaciones distintas pueden expresar la misma norma y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas”: Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo A., *La odisea constitucional...*, cit., nota 14, p. 93.

presen ninguna norma, que estén privadas de todo contenido normativo, como los enunciados que forman parte de los preámbulos o declaraciones que se suelen anteponer al texto de una ley. Por lo demás, puede haber disposiciones que expresen un fragmento o varios fragmentos de una sola norma⁵⁴ o una norma incompleta.⁵⁵ Finalmente, puede darse el caso contrario, el de normas que carezcan de disposición, como las que provienen de la costumbre y las que Guastini llama “implícitas” o “no expresas”, es decir, aquellas que pueden ser inferidas a partir de normas explícitas, bien por medio de un razonamiento lógico-deductivo (con o sin el apoyo de premisas adicionales), bien por medio de un razonamiento no deductivo y lógicamente inválido.⁵⁶

Lo que hay que subrayar es que en todos estos casos las normas expresadas por una o varias disposiciones son variables dependientes de la actividad interpretativa. De ahí que el tema de la distinción entre disposición y norma se encuentre estrechamente vinculado con el de la interpretación jurídica. Sabido es que para cierta concepción teórica, ampliamente difundida entre los miembros de la Escuela genovesa del derecho, la interpretación del derecho consiste esencialmente en un acto de voluntad y no de conocimiento: el intérprete decide el significado de una disposición; no lo “descubre”, como si éste se encontrara oculto entre las palabras.⁵⁷

⁵⁴ En palabras de Guastini: “*Possono dirsi “frammenti di norma” tutti quegli enunciati (non prescrittivi) presenti nel discorso legislativo, che possono essere usati solo in combinazione con norme imperative o permissive: ad esempio, disposizioni definitorie, disposizioni abrogatorie, disposizioni di interpretazione autentica, e via enumerando*”; Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica...*, cit., nota 22, p. 19.

⁵⁵ Dice Guastini que son normas incompletas todas aquellas que contienen un término que reenvía a otra norma o que presupone la interpretación de otras normas: *ibidem*, p. 19.

⁵⁶ Para un examen detallado de todos estos supuestos, véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica...*, cit., nota 53, pp. 60 y ss. Victoria Iturralde prefiere adoptar una terminología diferente a la de disposición y norma. Las razones que invoca son dos: por un lado, dice que la distinción entre disposiciones y normas alberga un escepticismo semántico exagerado conforme al cual, las expresiones jurídicas no tendrían nunca un significado único; por el otro, dice que esa distinción presupone una determinada concepción del derecho que ella no comparte, a saber: la que lo ve como producto de lo que hacen y dicen los jueces, exclusivamente. Cfr. Iturralde Sesma, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 45.

⁵⁷ Guastini, refiriéndose a la teoría cognoscitivista de la interpretación jurídica, señala: “*Questo modo di vedere si fonda su fallaci assunzioni. O sulla credenza che le parole incorporino un significato ‘proprio’, intrinseco, dipendente no dall’uso delle parole stesse, ma dalla relazione “naturale” tra parole e realtà. O sulla credenza che le autorità normative (che comunemente, nel mondo moderno, sono organi collegiali e, per giunta, internamente conflittuali) abbiano una ‘volontà’ univoca e riconoscibile*

Y dado que toda disposición encierra potencialmente diversos significados plausibles (*i.e.* expresa múltiples normas susceptibles de validez), el intérprete deberá elegir el significado (*i.e.* la norma) para el caso que tiene entre manos. Ello supone que la interpretación jurídica es una actividad fundamentalmente discrecional, mas no arbitraria. La decisión del intérprete tiene límites que están dados por las convenciones lingüísticas e interpretativas de la comunidad a la que pertenece.⁵⁸ Eso no impide, naturalmente, que una misma disposición reciba distintas interpretaciones en un momento dado o, incluso, en momentos diferentes. Así se ponen de manifiesto dos cosas, a saber: que la interpretación jurídica no tiene como desenlace un único resultado “correcto”, por decirlo de algún modo, y que la interpretación jurídica posee un carácter esencialmente dinámico puesto que el significado de las disposiciones cambia a lo largo del tiempo.

Con base en esto, quien interpretara un texto legal conforme a la Constitución tendría que proceder más o menos así: primero, interpretar la disposición constitucional de que se trate; suponiendo que ella expresa —potencialmente— las normas N_{c1} , N_{c2} o N_{c3} , el segundo paso sería

come gli individui. Si ritieni, per conseguenza, che scopo dell’interpretazione sia semplicemente “scoprire” questo significato oggettivo o questa volontà soggettiva, preesistenti. Si ritieni inoltre che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione “vera”. Disgraziatamente, le cose non stanno così. Da un lato, una cosa come il significato “proprio” delle parole semplicemente non esiste: il significato delle parole è una variabile dipendente del modo di usarle e di intenderle. Sicché ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi ha incorporato l’emittente, o il significato che gli attribuisce il fruitore. Dall’altro lato, nel mondo moderno, non sembra sensato dire che gli organi legislativi, in quanto organi collegiali, abbiano una “volontà” univoca suscettibile di accertamento. Insomma, l’interpretazione ha ad oggetto non norme fatte e risfinite, ma piuttosto disposizioni –ossia enunciati in lingua– suscettibili di molteplici interpretazioni. Soprattutto –dal momento che le disposizioni non hanno un solo e univoco significato, suscettibile di semplice conoscenza– l’interpretazione è attività non meramente conoscitiva, ma valutativa e decisoria”. Guastini, Riccardo, *Il giudice e la legge: lezioni di diritto costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1995, p. 19.

⁵⁸ Claro que estas convenciones también deben ser interpretadas y cabe la posibilidad de que en algún extremo no ofrezcan una guía clara para establecer el significado de las palabras. Luego, si el intérprete no quiere que su decisión sea sinónimo de arbitrariedad, tendrá que apelar a otro tipo de criterios, tales como los que resalta Carrió al hablar de los casos de la zona de penumbra. Dice que si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria estos casos, tienen que poseer “una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a la que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento”. Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 49.

elegir el significado (*i.e.* la norma) para el caso en cuestión. Digamos que se eligiera, bajo una interpretación evolutiva, o teleológica o consecuencialista, a N_{c1} , el tercer paso sería interpretar el texto de la ley. Suponiendo que la disposición legal expresara —también potencialmente— las normas N_{11} , N_{12} o N_{13} , el paso final del intérprete sería elegir aquella que resultara compatible con N_{c1} . De esta manera, como señalan Marina Gascón y Alfonso García Figueroa, la finalidad de la interpretación conforme es la de una regla interpretativa que indica cómo hay que interpretar los textos jurídicos: “en concreto, [ella] establece que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquellas que se acomoden a las exigencias de la Constitución”.⁵⁹

Es preciso advertir que en el caso mexicano, la interpretación conforme supondrá un desarrollo más elaborado que el del ejemplo anterior pues hay que tomar en cuenta, no sólo el texto constitucional, sino los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte (o lo que algunos consideran un bloque de constitucionalidad similar al que se reconoce en otros países). No obstante, el ejemplo que antecede —por sencillo que sea— no es que carezca de utilidad; persigue fines estrictamente académicos con objeto de explicar la cita de Guastini. Toda vez que ésta es la guía de mis reflexiones sobre el tema de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución, he creído conveniente examinar sus presupuestos teóricos vinculados con la interpretación jurídica. Uno de ellos ha sido la distinción entre disposición y norma; otro sería el de las antinomias. Acerca de este último punto, me interesa revisar el caso de las contradicciones que se producen entre normas de diferente grado, haciendo hincapié en el problema de las leyes inconstitucionales. La razón es simple: la interpretación conforme es un instrumento para prevenir o evitar la presencia de leyes que contradigan la Constitución, así como la consiguiente declaración de su inconstitucionalidad. En este sentido, la

⁵⁹ Cf. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación..., cit.*, nota 31, p. 287. Ma. Ángeles Ahumada menciona que la interpretación conforme no consiste ni en un método ni en un criterio de interpretación, sino en lo que se ha dado en llamar una “directiva de preferencia”, en tanto que ella no impone “una” interpretación sino la preferencia por cualquier interpretación jurídicamente correcta no contraria a la norma constitucional. Cf. Ahumada, Ma. Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo..., cit.*, nota 2, pp. 123-159.

interpretación conforme es una regla de la interpretación sistemática, ligada al principio de supremacía constitucional, pues en la medida en que la Constitución constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico, las demás normas que pertenecen a él deberán ser interpretadas bajo su lupa.⁶⁰

Como se sabe, una antinomia se suscita cuando dos normas jurídicas vigentes reconocen a un mismo supuesto de hecho abstracto, consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí (incompatibilidad por contradicitoriedad o por contrariedad).⁶¹ Por ejemplo:

- (N1): “Si SH1, entonces C1”; y
(N2): “Si SH1, entonces no-C1”.

Estas normas enlazan a un mismo supuesto de hecho (SH1), consecuencias jurídicas lógicamente opuestas y de imposible ejecución simultánea (C1 y no-C1). Ahora bien, si la interpretación jurídica es una actividad que consiste en decidir el significado de las disposiciones pertenecientes al discurso de las fuentes del derecho, y si las normas son vistas como resultado de esa actividad, esto es, como el contenido de significado de las propias disposiciones, entonces la conclusión que se sigue es que las incompatibilidades entre normas se originarán como consecuencia de la interpretación jurídica. En efecto, cabe la posibilidad de que el intérprete de una disposición le atribuya un significado que esté en conflicto con el de otras disposiciones. Y si eso ocurre, el intérprete habrá creado una incompatibilidad entre normas, es decir, una antinomia. Sin embargo, así como el intérprete crea antinomias, también puede prevenirlas. Para ello tiene

⁶⁰ En este sentido, la interpretación conforme es una manifestación particular del principio general que dice que es obligatorio interpretar las normas de conformidad con otras de mayor rango jerárquico.

⁶¹ Dice Guastini: “*Ebbene, il diritto presenta un’antinomia normativa —o un conflitto tra norme, che dir si voglia —ogniqua volta due diverse norme connettono ad una medesima fattispecie... singolare e concreta due conseguenza giuridiche tra loro incompatibili. Detto altrimenti: si dà un’antinomia ogniqua volta un caso concreto sia suscettibile di due diverse ed opposte soluzioni.*”: Guastini, Riccardo, *Teoria e dogmatica..., cit.*, nota 22, p. 215.

Sobre el tema de las antinomias, véase Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 147; Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 215; y Chiassoni, Pierluigi, “Antinomias”, en Ortega Gomero, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara editores, vol. II, 2010, pp. 267-317.

que atribuir a la disposición un significado compatible con el de las demás, o sea tiene que interpretarla de modo que la norma que exprese no entre en colisión con las normas que corresponden a otras disposiciones. Habrá casos en donde no sea posible prevenir el surgimiento de antinomias con ayuda de la interpretación. Así sucederá cuando la disposición exprese un único significado, determinado por los usos lingüísticos establecidos y respecto del cual el intérprete no pueda apartarse, so pena de transgredir las reglas convencionales del lenguaje. En tales supuestos se hace necesario recurrir a los criterios para resolver antinomias, comúnmente clasificados en dos grupos: los formales (el jerárquico, el de competencia y el cronológico) y los sustanciales (el de especialidad, el de excepcionalidad y el axiológico).⁶² El verdadero problema surge cuando en el caso concreto ninguno de estos criterios es aplicable, o cuando son aplicables dos o más criterios que llevan a resultados inconsistentes (debido, por ejemplo, a que de acuerdo con el primer criterio debe prevalecer la norma N1, pero de acuerdo con el segundo criterio debe prevalecer la norma N2, la cual resulta contraria a N1).

Al tratarse de conflictos entre normas de diferente grado, el criterio que invariablemente se aplica es el expresado en el aforismo “*lex superior derogat legi inferior*”.⁶³ Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en que realmente existan ese tipo de antinomias. Me referiré a un caso en particular: el de Hans Kelsen.⁶⁴ A este célebre jurista se debe la idea de que el derecho es un orden compuesto por normas superiores e inferio-

⁶² Véase Chiassoni, Pierluigi, “Antinomias”, en Ortega Gomero, Santiago (ed.), *Interpretación..., cit.*, nota 61, p. 309; y Bobbio, Norberto, “Sobre los criterios para resolver las antinomias”, en Alfonso Ruiz, Miguel, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 339-353.

⁶³ El tema de las antinomias entre normas de diferente grado presupone el de las diferentes jerarquías normativas que reconoce la teoría del derecho, el cual no habré de analizar en el presente ensayo. Sin embargo, un estudio exhaustivo del mismo se encuentra en Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 135-167.

⁶⁴ Un texto conciso y brillante sobre la importancia que la doctrina de Kelsen mantiene en nuestro tiempo, es el de Schmill, Ulises, “Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, en Valadés, Diego *et al.* (coords.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, México, Siglo XXI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 143-168.

res.⁶⁵ Según el autor de la teoría pura del derecho, la norma que regula la producción de otra, representando el fundamento de su validez, esto es, la razón por la cual existe y debe ser obedecida, constituye una norma superior con respecto a una inferior. Dado que el derecho es un orden normativo *dinámico*, una norma superior establece la *forma* de producción de la norma inferior, es decir, establece el órgano y el procedimiento de su creación.⁶⁶ Esto significa que la norma de nivel inferior es válida por haber sido establecida de acuerdo a lo prescrito por la norma de nivel superior, que a su vez vale por haber sido dictada con arreglo a otra norma superior y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundante básica del ordenamiento jurídico nacional, que ya no es una norma impuesta sino presupuesta, y cuya función consiste en instaurar el hecho fundante productor del derecho. Esa norma es la constitución en sentido lógico-jurídico, distinta a la constitución en sentido jurídico-positivo y que en algunas obras es considerada por Kelsen como una condición lógico-trascendental de acuerdo al significado kantiano de la expresión —pues permite interpretar el sentido subjetivo de ciertos actos humanos de voluntad como un conjunto de normas jurídicas objetivamente válidas, susceptibles de ser descriptas por los enunciados normativos de la ciencia jurídica—. La *Grundnorm* de Kelsen, que fundamenta la validez objetiva del ordenamiento jurídico positivo, constituye además la unidad de ese orden, en cuanto todas las normas que lo integran pueden referir a ella su validez, directa o indirectamente.

Pues bien, asumiendo que la estructura del ordenamiento jurídico es una construcción escalonada de normas superiores e inferiores que tienen como fundamento común de validez a la misma norma fundante básica, y que ella confiere unidad lógica a todo el ordenamiento, Kelsen se pregunta si es posible que se suscite algún conflicto entre una norma superior

⁶⁵ Dice Kelsen: “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas”: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1983, p. 232.

⁶⁶ Tal es la razón por la cual se califica a la teoría de Kelsen como formalista: “Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”, *ibidem*, p. 205.

y una inferior. Su respuesta es contundentemente negativa. En tanto que la norma de nivel superior regula la producción de la norma de nivel inferior, carece de sentido afirmar que entre ellas se produzca una contradicción. La razón obvia es que la segunda tiene su fundamento de validez en la primera.⁶⁷ Esto es importante entenderlo porque se vincula con el tema de las leyes inconstitucionales. Entre la Constitución y una ley existe la misma relación que entre una norma superior y una inferior, en cuanto la Constitución es la norma o normas positivas que regulan la creación de las leyes. La Constitución —dice Kelsen— determina los órganos autorizados para la producción de las normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Sin embargo, es posible que también determine el contenido de esas normas, prohibiendo o excluyendo ciertos contenidos,⁶⁸ en cuyo

⁶⁷ Kelsen señala: “Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior —es decir, entre una norma que determina la producción de otra, y esta otra— no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior”: *ibidem*, p. 217.

De hecho, Kelsen rechaza la posibilidad de que dos normas se contradigan entre sí con base en la tesis de que los principios de la lógica y, en particular, el principio de contradicción, sólo se aplican a los enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos, mientras que las normas no son susceptibles de verdad ni de falsedad. Los principios lógicos sólo serían directamente aplicables a los enunciados de la ciencia jurídica. Sin embargo, en virtud de que éstos se refieren a las normas jurídicas describiendo su contenido, esos principios también serían aplicables a las propias normas, si bien indirectamente. Esta tesis sufrió un cambio drástico en las obras de Kelsen posteriores a 1960, en donde rechazó tajantemente la aplicación de la lógica al derecho. Véase Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 51-81; y Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos*, cit., nota 61, pp. 17-28.

⁶⁸ Esa sería la función del listado de derechos y libertades fundamentales, como parte integrante de las Constituciones modernas: excluir ciertos contenidos en la legislación futura. En palabras del autor austriaco: “Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, bajo la forma habitual de garantizar a los sujetos un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etcétera, la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. La Constitución no es entonces únicamente una regla procedural sino también una regla sustantiva; y, por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración, bien por razón de un contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la ley en cuestión vulnere los límites establecidos por la Constitución”, Kelsen, Hans, “La garantía

caso, la Constitución adquiere el doble carácter de norma procedural y sustantiva, si bien la importancia concedida a la dimensión formal en el proceso de producción de normas es decididamente mayor, tal como se infiere del hecho de que el órgano legislativo, a diferencia del juez constitucional, se encuentra sometido a la Constitución en lo que hace al procedimiento que debe seguir para crear normas generales, y *sólo excepcionalmente*, en lo que respecta al contenido que deben tener. Sostiene Kelsen:

Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar —y tan sólo por medio de principios o directivas generales—, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional.⁶⁹

Dado que la Constitución es el fundamento de la validez de las normas jurídicas generales, en cuanto regula su producción, una ley válida no puede ser inconstitucional. Porque una ley sólo puede valer o existir cuando se funda en la Constitución. Por eso, la afirmación de que una ley válida es inconstitucional constituye una *contradictio in adjecto*.⁷⁰ Dicho en otros términos: una ley contraria a la Constitución no podría ser sino inválida, y dado que la validez de una norma cualquiera se identifica con su existencia específica, una ley que careciera de esa cualidad no sería derecho. Siendo así, ¿qué habría que entender por ley inconstitucional? Dice Kelsen que si esta expresión ha de tener algún sentido jurídico posible, entonces sólo puede querer decir una cosa, a saber: que la ley puede ser anulada mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución. La ley no es nula *ab initio*, sino anulable. Sin embargo, está claro que “mientras la ley no sea anulada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida,

jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en Ruiz Manero, Juan (selec. y presentación), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁰ Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 65, p. 277.

no puede ser inconstitucional”.⁷¹ De ahí que una ley inconstitucional sea una norma conforme a la Constitución que puede ser invalidada por un procedimiento especial, correspondiendo al órgano competente decidir si declara o no su invalidez. Pero en tanto eso no suceda, es decir, mientras su nulidad no sea declarada por un acto de autoridad, la norma existe y es obligatoria. Así que, en definitiva, por ley inconstitucional hay que entender una ley que puede ser privada de su condición jurídica en términos del procedimiento constitucionalmente establecido para tal efecto.

La posibilidad de que haya una ley válida desde el punto de vista constitucional, pero susceptible de anulación conforme a lo que ordena la Constitución, obliga a presuponer que los preceptos constitucionales referidos a la producción de leyes contienen una cláusula alternativa que faculta al legislador a emitir una ley sin observar el procedimiento normal estatuido para ese fin, sino uno diferente, que el propio órgano legislativo dispone; así como a emitir una ley con un contenido diverso al que determinan directamente los preceptos constitucionales, el cual también es fijado por el legislador. En palabras de Kelsen:

Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por “inconstitucional” por el tribunal competente. Ello significa, empero, que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescripto [*sic*] en la constitución... También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.⁷²

Para decirlo de otro modo: una ley vale si es creada, o bien con arreglo a lo que directamente dispone la Constitución, o bien de la manera determinada por el órgano legislativo; sólo que en este último caso las leyes

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Ibidem*, p. 280.

establecidas son anulables siguiendo el procedimiento previsto constitucionalmente. Esta tesis —conocida como tesis de la cláusula alternativa tácita— es una de las más controvertidas de Kelsen y la mayoría de autores la ha rechazado con argumentos sólidos.⁷³ Por lo mismo, parece preferible abordar el tema de las leyes inconstitucionales desde una perspectiva distinta que no niegue la existencia de esas antinomias.

Con la interpretación conforme, la doctrina ofrece un mecanismo para prevenir el surgimiento de leyes contrarias a la norma constitucional. En este sentido, Guastini afirmaba que la interpretación adecuada es aquella que adecúa o armoniza la ley a la Constitución, eligiendo el significado (es decir, la norma) que evita toda contradicción entre ambas.⁷⁴ El efecto que persigue es el de conservar la validez de una ley que diversamente debería ser declarada inconstitucional. Por lo tanto, la interpretación conforme asume que las antinomias entre normas de diferente grado son conflictos reales y no aparentes, como Kelsen pensaba.

Varios son los argumentos que se han formulado para justificar la interpretación conforme. De entre ellos hay que destacar el que hace referencia a la dignidad democrática de la ley. Señala Víctor Ferreres: “La ley, en efecto, aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal”.⁷⁵ Esa dignidad de la ley se manifiesta en la exigencia de que:

...en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitu-

⁷³ Véase Nino, Carlos S., “Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, en Paulson, Stanley L. y Paulson, Bonnie L. (eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 253-261; Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas...*, cit., nota 68 ; así como los artículos de Nino, Nannini, Ruiz Manero y Gianformaggio, incluidos en el cap. IV de la obra Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 217-273.

⁷⁴ Véase *supra*.

⁷⁵ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 36.

ción, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma.⁷⁶

Ferreres constata que la doctrina de la interpretación conforme ha dado lugar a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional español, entendidas como aquellas que determinan las interpretaciones de una ley plausibles y constitucionalmente adecuadas. Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar siguiendo el principio de conservación de las leyes, pues en lugar de declarar su inconstitucionalidad, establecen cómo deben interpretarse para no entrar en conflicto con la Constitución. De ahí que constituyan un verdadero esfuerzo hermenéutico por evitar la declaración de su nulidad.

Con todo, la interpretación conforme no está libre de ciertos problemas que merece la pena mencionar. En España, por ejemplo, se suele aducir que este principio —reconocido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial— entraña una invasión en la esfera de competencias de la jurisdicción ordinaria.⁷⁷ Dicen los expertos que mediante la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional puede imponer la que es —a su juicio— la mejor interpretación de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales, dejando sin efecto la libertad interpretativa de los jueces ordinarios.⁷⁸ Por eso, hay quienes no vacilan en recomendar que la interpretación conforme esté guiada por un permanente ejercicio de *self-restraint*.⁷⁹ Sin embargo, el recurso a las sentencias interpretativas comporta un riesgo aún mayor: la posibilidad de que el Tribunal Constitucional imponga una interpretación de la ley que claramente no se deduzca de su texto, yendo en contra de los usos lingüísticos establecidos: “se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que

⁷⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁷⁷ Véase Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación..., cit.*, nota 31, pp. 288 y ss.

⁷⁸ Al parecer, lo mismo sucedería en otras jurisdicciones, como en Alemania. Véase Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 159.

⁷⁹ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación..., cit.*, nota 31, p. 290.

la Constitución reserva al legislador”.⁸⁰ Esto es lo que ocurre con las llamadas sentencias manipulativas, sustitutivas, aditivas y reductoras.⁸¹ De modo que el riesgo reside en que se haga un mal uso de la interpretación conforme hasta derivar en sentencias como éstas que suponen una función paralegislativa por parte de los tribunales.

Así entendido, cuando el artículo primero de la Constitución mexicana refiere que las normas sobre derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con ella [y con los tratados internacionales de la materia],⁸² no quiere decirse que el intérprete esté autorizado a transgredir las convenciones establecidas del lenguaje, manipulando la interpretación de la ley con el afán de mantener su constitucionalidad [o su convencionalidad]. Todo significado que se atribuya al texto de la ley deberá estar justificado por el acuerdo constitutivo de las convenciones lingüísticas vigentes. De lo contrario, la decisión interpretativa ya no sería discrecional, sino arbitraria. Esto supone, en el fondo, que los órganos jurisdiccionales del país, al interpretar la ley conforme a la Constitución [y

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Las sentencias manipulativas —dicen Gascón Abellán y García Figueroa— son aquellas que salvan la constitucionalidad de una ley manipulando su significado para que resulte compatible con la Constitución. Las sentencias manipulativas se dan cuando ninguna de las interpretaciones plausibles de la ley impugnada permite mantener su constitucionalidad y, sin embargo, no se considera conveniente anularla. De ahí que se prefiera forzar las posibilidades interpretativas del precepto legal haciendo una interpretación *contra legem*.

Las sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, reductoras o aditivas. Las sentencias sustitutivas consisten en sustituir una interpretación de la ley que es plausible, pero inconstitucional, por otra que claramente es implausible, pero que resulta acorde con la Constitución. Las sentencias reductoras consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la ley impugnada a fin de adecuarla a la Constitución. Luego de que es interpretada, la ley deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por ella. Por último, las sentencias aditivas son exactamente lo opuesto a las reductoras: consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación de la ley a fin de adecuarla a la Constitución. Luego de que es interpretada, la ley es aplicable a más supuestos de los que ella comprende en abstracto.

En todos estos casos, la jurisdiccional constitucional se conduce con una actitud paralegislativa, pues “en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Juez constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del Poder Legislativo”, *ibidem*, p. 293.

⁸² Como ya lo dije, hago referencia a los tratados internacionales sin prejuzgar acerca de si forman parte o no de un bloque de constitucionalidad, cuyas implicaciones teóricas y prácticas todavía distan de ser claras.

los tratados internacionales sobre derechos humanos], deberán moverse dentro de los límites de lo que es una interpretación plausible y abstenerse de usurpar funciones legislativas.

IV. ¿CAMBIO DE PARADIGMA?: ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Si se acepta la idea de que en el artículo primero de la Constitución mexicana están presentes las tres condiciones de constitucionalización que han sido expuestas, entonces parece confirmarse la tesis de que el derecho nacional mexicano está constitucionalizado o, en todo caso, constitucionalizado parcialmente, pues hay que recordar que este fenómeno se presenta en términos graduales, no absolutos. Y suponiendo que en México haya ocurrido o esté ocurriendo —efectivamente— la constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional, la cuestión que hay que averiguar enseguida es si este proceso de cambios tiene su correlato en el contexto de la cultura jurídica mexicana. En la introducción he señalado que la constitucionalización suele ir acompañada de un cambio cultural —el del neoconstitucionalismo— que se caracteriza por ser una teoría o conjunto de teorías con una fuerte orientación antipositivista.⁸³ En este

⁸³ Susanna Pozzolo refiere que el neoconstitucionalismo —a pesar de su nombre— no sólo es una doctrina constitucionalista, sino que se presenta más bien como una teoría general del derecho, como un cierto modo anti-iuspositivista de aproximarse al fenómeno jurídico: “una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios *vs.* reglas, ponderación *vs.* subsunción, Constitución *vs.* legislación, Judicial *vs.* Legislativo”. Pozzolo, Susanna, “Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo...*, cit., nota 1, pp. 13-87. Esta autora añade que el modelo neoconstitucionalista funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios.

Por su parte, Mauro Barberis sostiene que el neoconstitucionalismo, como se le conoce en Italia y Latinoamérica, es una *Third Theory of Law* en el sentido que le dio John Mackie; es decir, una teoría del derecho que no es ni iusnaturalista ni iuspositivista. Surgido en los años sesenta y compartido por autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick y Atienza, el neoconstitucionalismo se caracterizaría por ser una teoría del derecho positivo pero constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que no serían sino valores morales positivizados. Cfr. Barberis, Mauro, “El neoconstitucionalismo, *Third Theory of Law*”, en Pozzolo, Susanna (ed.), *Neoconstitucionalismo...*, cit., nota 1, pp. 249-269. Merece la pena señalar que John Mackie escribió el artículo intitulado: “*The Third Theory of Law*”, publicado originalmente en *Philosophy and Public Affairs*, en otoño de 1977 [re-

sentido, la cuestión que me interesa plantear es si en México se está dando ese cambio cultural de manera paralela a la constitucionalización del derecho o, en otras palabras, si en el seno de la comunidad jurídica del país

producido en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld, Totowa, 1983, pp. 161-170] donde se refería a la teoría del derecho de Ronald Dworkin como la “*third theory of law*”, en tanto opuesta al positivismo jurídico y a la doctrina del derecho natural.

Ma. Ángeles Ahumada coincide en que el neoconstitucionalismo es una tercera vía superadora del iuspositivismo y del iusnaturalismo. “En su versión más integral —dice la autora—, el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo como al iusnaturalismo. En esto radica su principal novedad y, según opiniones, su mayor atractivo o su peligroso potencial”. Ahumada, Ma. Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (a propósito de “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo..., cit.*, nota 2, p. 124.

Finalmente, García Figueroa sostiene que el neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma iusteórico de carácter antipositivista que busca trascender la dialéctica positivismo jurídico-iusnaturalismo. Ese nuevo paradigma se cimenta sobre el constitucionalismo como modelo jurídico-político y el constructivismo ético como concepción moral. Para el autor citado, el neoconstitucionalismo supone abandonar los modelos puros tanto del positivismo como del jusnaturalismo, los cuales se definen en términos del dualismo entre derecho y moral, y en cambio postula cierto gradualismo entre estas dos esferas, lo que ha venido produciéndose de hecho a través de la moralización de la Constitución. Cf. García Figueroa, Alfonso, “El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo”, en García Figueroa, Alfonso (coord.), *Racionalidad y derecho*, pról. de Francisco J. Laporta, epílogo de Javier de Lucas, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 265-289.

Es preciso advertir que no todos los constitucionalistas son también antipositivistas. Ferrajoli, por ejemplo, asegura que el garantismo no es más que la otra cara del neoconstitucionalismo y que éste representa, a su vez, el perfeccionamiento del positivismo jurídico. En palabras del autor italiano: “Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del derecho*, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones de presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez»”. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, ITAM-Siglo XXI editores-UNAM, 2002, pp. 187-204 [reproducido en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)..., cit.*, nota 1, pp. 13-29].

se está instaurando el neoconstitucionalismo como nueva cultura jurídica dominante.⁸⁴

Es probable que varios juristas estén dispuestos a responder afirmativamente. Hay quienes han señalado, incluso, que las reformas constitucionales de junio de dos mil once constituyen un cambio de “paradigma”. Pese a que estas opiniones provienen de juristas muy avezados y con un prestigio a cuestas ganado a pulso, me parece que las cosas son diferentes: considero que el nuevo paradigma no se dará simplemente mediante una reforma a la Constitución, sino sólo cuando se establezca el cambio doctrinal que supone el neoconstitucionalismo respecto del modo de pensar el derecho y de aproximarse a su estudio, así como con relación a la forma en que se le interpreta y aplica. Se trata de un cambio jurídico a nivel *cultural*, detonado por el cambio *normativo*.

En aras de mostrar que en México está lejos de darse un nuevo paradigma —así entendido— conviene partir de la identificación de los rasgos que definen al neoconstitucionalismo como expresión cultural de los Estados constitucionales. A tal efecto reconoceré tres tesis básicas del mismo y las agruparé en las siguientes categorías: 1) fuentes del derecho; 2) interpretación y aplicación de la ley, y 3) metodología de la ciencia jurídica.

Sobre la primera hay que decir que las fuentes del derecho en el neoconstitucionalismo sufren un profundo reacomodo: la ley es desplazada del centro de gravedad del universo jurídico y su lugar es ocupado por la Constitución en cuanto norma revalorizada, repleta de contenidos normativos que determinan la validez material de las normas jurídicas positivas.⁸⁵ Se trata, como se dijo en su momento, de una Constitución

⁸⁴ Quien ha considerado al neoconstitucionalismo en términos de una presunta cultura jurídica novedosa es Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota 1, p. 123. Ahora bien, ¿qué habría que entender por cultura jurídica? Ferrajoli propone definirla como “la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad”. Ferrajoli, Luigi, *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de Antonio de Cabo, Lima, Palestra editores, 2010, p. 15.

⁸⁵ En este sentido, Pozzolo comenta que las normas del derecho del Estado constitucional serían válidas, antes que nada, por satisfacer criterios materiales, o sea, por su conte-

vinculante, generadora de efectos jurídicos inmediatos y fuente directa de derechos y obligaciones.

La segunda tesis enfatiza la idea de que la interpretación y aplicación del derecho en manos del juez adquiere una dimensión mucho más vigorosa e importante. El papel del juzgador se transforma: de ser solamente “la boca de la ley” —por usar la feliz expresión de Montesquieu— se convierte en intérprete privilegiado y aplicador directo de la Constitución, con lo cual cobra una vitalidad nunca antes vista, un rol protagónico indiscutible frente a otros operadores jurídicos, principalmente el legislador. Diríase que el juez del neoconstitucionalismo se distingue por tener un amplio poder discrecional que se ve obligado a ejercer cuando lidia con cláusulas constitucionales abstractas y con los llamados conceptos esencialmente controvertidos que están presentes en ellas, así como con la técnica de ponderación de principios y valores morales positivizados.

Por último, la tercera tesis hace referencia a la metodología de la ciencia jurídica, que en el neoconstitucionalismo no es más un conocimiento que se circunscriba a la descripción y explicación del derecho, a-valorativo y éticamente neutral. En el nuevo paradigma, por el contrario, el punto de vista del jurista es el de quien asume una actitud moral frente al derecho. Esto obedece a que, por vía de la Constitución, el ordenamiento jurídico es globalmente revalorizado, o sea, impregnado de valores, irradiado por los principios constitucionalmente determinados. De ahí que si la ciencia jurídica quiere dar cuenta de su objeto, necesite comprometerse con él y con los valores y principios morales que positiviza.⁸⁶

Las tres tesis descritas formarían —en mi opinión— el núcleo básico del neoconstitucionalismo en cuanto paradigma de los ordenamientos constitucionalizados. Ahora bien, señalé en su momento que si en México

nido. Con lo cual se abandona o, por lo menos, se debilita, la noción de validez meramente formal del positivismo jurídico. *Cfr.* Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)...*, cit., nota 1, pp. 187-210.

⁸⁶ Partiendo de la distinción trazada por Hart entre el punto de vista externo e interno, Sastre Ariza defiende la idea de que este último sea interpretado como una adhesión a las normas del derecho por razones morales. Luego propone que la ciencia jurídica adopte este punto de vista interno —que implicaría que el jurista asumiera el reconocimiento moral del derecho en su conjunto y que la ciencia jurídica fuera considerada un saber comprometido *moralmente* con su objeto—. Lo que esto supondría, en el fondo, es el abandono de la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral. *Cfr.* Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica...*, cit., nota 2, pp. 125 y ss.

se ha dado o se está dando el proceso de constitucionalización a raíz de la reforma al artículo primero constitucional, la pregunta que habría que contestar es si también se está efectuando la transición hacia ese modelo neoconstitucionalista. Como lo mencioné entonces, me parece que la respuesta es negativa: no creo que semejante cambio esté ocurriendo. Las razones que tengo para pensar así son básicamente éstas: si se analiza lo que pasa en México —cómo el derecho es concebido por la mayoría de los juristas, cómo es interpretado y aplicado por la mayoría de los jueces, y cómo es enseñado y estudiado en casi todas las universidades—, lo que se obtiene es un balance muy desfavorcedor para el neoconstitucionalismo. En el país persiste la teoría estatalista y legalista del derecho; los jueces siguen ejerciendo su función conforme a las directrices del formalismo interpretativo, y la ciencia jurídica continúa analizando el derecho con base en una metodología típicamente positivista. La impresión que tengo es —*grosso modo*— que la concepción estandarizada sobre el derecho que actualmente impera en México lo reduce a una sola fuente: la ley. El derecho se agota en la ley escrita y codificada. Además, toda ley proviene del Estado, por eso, todo el derecho es de origen estatal. De ahí que represente una dificultad suprema para los jueces mexicanos pensar en términos de otras fuentes jurídicas, incluida la Constitución y las normas internacionales. No están acostumbrados a razonar y argumentar acerca de valores, principios y derechos —que son el contenido más importante de las Constituciones contemporáneas—. Esto explica —al menos en parte— el hecho de que en el país causen profunda extrañeza ciertas instituciones como el control difuso de constitucionalidad y el de convencionalidad *ex officio*, elevado este último a la categoría de un verdadero “paradigma” en el campo de la administración de justicia.⁸⁷

Según pienso, los jueces mexicanos, en general, están más familiarizados con la teoría del positivismo jurídico del siglo diecinueve. Su razonamiento parte de una interpretación estrecha del principio de división de poderes, según la cual el poder legislativo le pertenece a un ser suprahumano, racional y omnipotente que monopoliza la producción del derecho, mientras que los jueces de carne y hueso se encuentran en una posición de

⁸⁷ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Santiago de Querétaro, Fundap, 2012, pp. 107-186.

sujeción incondicional a la ley; en el espíritu de los jueces permanece muy arraigada la idea de que el ordenamiento jurídico posee plenitud, que carece de lagunas, lo que significa que comparten la creencia de que en todos los casos judiciales —por muy difíciles que parezcan— resulta posible hallar una solución jurídica predeterminada, sin que les esté permitido establecer derecho nuevo de la manera en que lo haría un legislador consciente —pues ello comprometería el principio de división de poderes y la seguridad jurídica—. De acuerdo con esta concepción, en suma, los jueces se consideran a sí mismos aplicadores pasivos de la ley.

Por otro lado, la ciencia jurídica que se cultiva en la mayoría de las universidades mexicanas suele ser dogmática pura. La actitud predominante entre los juristas es la de sumisión al texto legal. La doctrina se construye alrededor de la ley positiva, que es aceptada sin cuestionamiento alguno, cual dogma. Desde el punto de vista de la jurisprudencia *dogmática*, el derecho es una realidad preexistente y consumada. El jurista no contribuye en absoluto a su formulación, simplemente la describe y la expone desapasionadamente, sin valorarla ni criticarla —pues de lo contrario podría comprometerse la objetividad y exactitud del conocimiento—. La ciencia jurídica en México, así, parece acoplarse plenamente a lo mejor de la tradición del positivismo jurídico metodológico.

Pues bien, suponiendo que todas estas consideraciones correspondan a la realidad, es evidente que la cultura del neoconstitucionalismo está muy lejos de implantarse en el país. Si la constitucionalización del derecho mexicano ya se ha producido o se ha producido parcialmente, no parece que pueda decirse lo mismo del neoconstitucionalismo como prospectiva filosófica de los ordenamientos constitucionalizados. Para que esta nueva cultura llegue a instaurarse se necesita transformar la mentalidad de quienes participan en la práctica sociojurídica: jueces, abogados, juristas, legisladores y profesionales del derecho en general. Es necesario que dejen atrás el legicentrismo, el estatalismo y el formalismo interpretativo dominantes. De que esto se consiga dependerá el verdadero cambio de paradigma.