

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MEXICANA EN LA ERA DEL CONSTITUCIONALISMO

Ramón Ortega García*

SUMARIO: 1. PROPÓSITO. 2. EL MODELO CONSTITUCIONAL MEXICANO. A. Supremacía de la Constitución mexicana y principio de constitucionalidad. B. La Constitución mexicana es norma obligatoria, rematerializada y directamente aplicable. C. La Constitución mexicana está garantizada mediante diversos controles judiciales. D. El sistema de fuentes del derecho comprende otras formas de juridicidad. E. Surgen nuevas formas de aplicación del derecho. 3. LOS ELEMENTOS DE LA NUEVA FILOSOFÍA DEL DERECHO MEXICANA. 4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MEXICANA CONSTITUCIONALISTA. 5. BALANCE CONCLUSIVO.

1. PROPÓSITO

En el derecho mexicano domina actualmente el modelo normativo del constitucionalismo: sus antecedentes más claros se hallan en la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 (que refuerza la garantía de la Constitución al sumar al amparo las acciones abstractas de inconstitucionalidad y al regular las controversias constitucionales), pero toma un gran impulso a partir de la enmienda constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos y de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia en el expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011.

El constitucionalismo se finca sobre la supremacía de la Constitución y el respeto a los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. Es a la vez complementario y superador del antiguo modelo legalista. Es complementario, entre otras razones, porque no abandona el principio de legalidad (verdadero pilar del Estado de derecho legislativo), sino que lo complementa y refuerza con el principio de constitucionalidad (propio del Estado de derecho constitucional).

* Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México
ramon.ortega@pjedomex.gob.mx

Pero es claramente superior en otros aspectos igualmente importantes. Ocurre así, por ejemplo, en el caso de las fuentes del derecho, que en el nuevo constitucionalismo ya no se reducen a una sola, la ley, sino que su elenco se amplía considerablemente para abarcar nuevas formas de juridicidad (que si no son totalmente inéditas, sí habían desempeñado, hasta ahora, un papel escasamente relevante: piénsese en el derecho internacional de los derechos humanos de origen convencional y en la jurisprudencia de la Corte IDH).

Me parece que la influencia del constitucionalismo sobre el derecho mexicano ha sido tan poderosa y resulta de tal modo innegable, que las concepciones iusfilosóficas del pasado son virtualmente incapaces de explicar el estado actual por el que transita.

Esas concepciones fueron forjadas sobre la base de un conjunto de dogmas auspiciados por el legalismo tradicional (i.e. valor absoluto de la ley, catálogo taxativo de fuentes del derecho, la Constitución como norma preponderantemente organizativa del poder público, los derechos humanos como derechos exclusivamente jurídicos, prevalencia de la aplicación exacta de la ley, etc.), que en el modelo constitucional están siendo cuestionados por un sector académico preponderante, lo que haría necesario asimilar nuevas perspectivas teóricas.

Lo que me propongo hacer en este trabajo es, primeramente, exponer las principales características del modelo constitucional emergente en México (§2); después, describir los perfiles de una nueva concepción filosófico-jurídica capaz de explicar las transformaciones que el modelo constitucional ha generado en el derecho mexicano (§3), y finalmente sostener que esa filosofía de nuevo cuño estaría más orientada hacia el constitucionalismo pospositivista que hacia el constitucionalismo iuspositivista de Luigi Ferrajoli (§4).

2. EL MODELO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Los grandes cambios constitucionales que se han dado en el país durante los últimos años hacen que hoy día esté afianzándose un nuevo modelo fincado en el valor supremo de la Constitución y en el principio de constitucionalidad. Se trata de un modelo normativo ya no puramente legal sino *constitucional*, cuyo fundamento radica en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados

internacionales suscritos por el Estado mexicano, así como en el deber de todas las autoridades de protegerlos y garantizarlos.

Puede decirse que el constitucionalismo comenzó a gestarse hace algunos años de la mano de varias reformas constitucionales de gran calado, diversas sentencias extraordinariamente relevantes de la Suprema Corte y de múltiples criterios jurisprudenciales que daban cuenta de todos esos cambios sustantivos. ¿A qué me refiero exactamente? Pienso, en esencia, en las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 y en las sentencias del expediente varios 912/2010 (caso Radilla) del 14 de julio de 2011 y del expediente 293/2011 del 3 de septiembre de 2013, ambos fallos dictados por el Tribunal Pleno, así como en las tesis y en la jurisprudencia de la décima época del Semanario Judicial de la Federación.

Visto desde esta perspectiva, el constitucionalismo se distingue del legalismo, fundamentalmente, en virtud de que en él opera una transformación de fondo en la manera en que se ve a la Constitución mexicana y en cómo se la usa para fundamentar los enunciados internos de validez; es decir, aquellos que afirman que cierta norma es constitucionalmente válida.

Digamos que la Constitución del nuevo modelo deja de ser una norma programática en manos del presidente de la República y de otros actores políticos relevantes; un proyecto por realizar, como afirmara Jorge Carpizo en 1969;¹ ahora, la Constitución es vista y usada como *norma jurídica* obligatoria con una doble capacidad: la de controlar el sentido mismo de las leyes a través del mecanismo de la interpretación conforme en términos de lo que dispone el artículo 1º constitucional a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, y la de condicionar la validez formal y material de las leyes y del resto del ordenamiento.

Sobre este último punto, si una ley contradice a la Constitución por defectos de forma (es decir, porque no se siguió el procedimiento constitucionalmente establecido para su creación, o el órgano que la expidió carecía de facultades para hacerlo, de acuerdo con la propia Constitución), o bien por exhibir un contenido incompatible con ella (digamos, porque la ley viola los derechos humanos reconocidos en el texto

¹ Esa afirmación la hizo tras citar la editorial de la revista *Siempre* del 5 de enero de 1966, donde se decía que la Constitución de 1917 parecía más un artículo de lujo, bueno para conmemoraciones y actos oficiales, pero sin vigencia real en la vida cotidiana de los mexicanos. Cfr. CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM, México, 1969, pp. 84-85, 150.

constitucional), será declarada nula con efectos generales o *erga omnes* en el marco de (algunos de) los procedimientos de control concentrado.

Esto, naturalmente, no es óbice para que los jueces ordinarios del país lleven a cabo un control de la constitucionalidad *difuso* (según se desprende del expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011 y de la jurisprudencia emanada de él), que en el nuevo modelo implica la obligación que tienen (fundada en los artículos 1° y 133 constitucionales) de inaplicar la ley que estimen contraria a la Constitución (en la hipótesis, pensemos, de que viole *flagrantemente* los derechos humanos en ella reconocidos, incluyendo los previstos en las normas de los tratados internacionales suscritos por México) y aplicarla directamente; en cuyo caso se convierten, por ese solo hecho, en auténticos jueces constitucionales, lo que equivale a reforzar los mecanismos de defensa constitucional y el carácter normativo de aquella. Esto último, más la inclusión de nuevas formas de juridicidad en el catálogo de fuentes del derecho y la posibilidad de instrumentar nuevos métodos de aplicación de las normas jurídicas representan las principales características del constitucionalismo mexicano emergente.

Siguiendo lo dicho hasta ahora sostendré que el modelo constitucional se configura a partir de los siguientes elementos:

A. Supremacía de la Constitución mexicana y principio de constitucionalidad

Tal como aparece consagrado en el artículo 1° de la Constitución mexicana desde la reforma del 10 de junio de 2011, el principio de constitucionalidad prescribe que toda norma deberá ser conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Una de las principales aportaciones de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 fue la creación de un solo bloque de derechos humanos cuya fuente de reconocimiento puede estar en la propia Constitución o en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. Se trata de un auténtico parámetro de control de regularidad de todas las normas del ordenamiento que califica su validez; por eso, si una norma legal, una ley, es contraria a los derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales celebrados por México, tiene que ser anulada o inaplicada, según el caso, siguiendo los mecanismos que para tal efecto prevé la norma constitucional.

Aquí hemos de enfrentarnos a un problema originado en la reforma del 10 de junio de 2011. Por un lado, de la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la Corte el 3 de septiembre de 2013 se desprende que la supremacía constitucional abarca también los derechos humanos de fuente internacional. Confirma esta tesis la idea (planteada en la misma sentencia 293/2011) de que el parámetro de control de regularidad es homogéneo; es decir, los derechos que lo conforman son iguales y no existen relaciones de jerarquía entre ellos: todos se encuentran colocados al mismo nivel de la Constitución.

Sin embargo, la sentencia 293/2011 también estipula que de darse un conflicto entre una norma constitucional y una norma internacional sobre derechos humanos, deberá prevalecer invariablemente la primera. El Pleno basó esta determinación en la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 1º constitucional reformado el 10 de junio de 2011 que dispone:

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

La Corte determinó entonces que las restricciones constitucionales a los derechos humanos prevalecen frente a cualquiera otra norma más favorable (incluidas las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales suscritos por México).²

De manera que a la luz de este nuevo enfoque (que pone por delante las restricciones constitucionales expresas) la supremacía constitucional se predicaría exclusivamente de la Constitución; el propio Pleno confirmó lo resuelto en la sentencia 293/2011 al declarar que las restricciones expresamente establecidas en la norma constitucional tienen preferencia cuando resolvió el amparo directo en revisión 1250/2012 del 14 de abril de 2015, donde una mayoría de seis votos contra cinco determinó la constitucionalidad del arraigo *domiciliario* previsto en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales (incluso, algunos ministros manifestaron

² Para una crítica a la sentencia 293/2011 dictada por el Pleno de la Corte, vid. ORTEGA GARCÍA, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del derecho*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

que era innecesario practicar el control de convencionalidad *ex officio* respecto del artículo décimo primero transitorio del decreto de reforma constitucional del 18 de junio de 2008 que autoriza este tipo de arraigo para delitos graves).

Así que de la nueva postura adoptada por el máximo tribunal del país resulta evidente que en el derecho mexicano la Constitución es la única norma de carácter supremo. Cito las palabras de doña Margarita Luna Ramos, una de las ministras que votó a favor de la constitucionalidad del arraigo, tomadas de la versión taquigráfica de la sesión del 13 de abril de 2015:

“... la tesis 293... dice una cosa que para mí es más que suficiente cuando dice: “Cuando en la Constitución haya una restricción expresa... al ejercicio de aquellos derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado.”

Días después, el 21 de abril de 2015, la ministra Luna escribió en el periódico *El Universal*, lo que puede ser considerado como un comentario ilustrativo de la ideología conservadora de la justicia en México:

“Con esta sentencia [refiriéndose a la 1250/2012] se afirma la supremacía de nuestra Carta Magna, la que reconociendo la realidad del país, a través de la voz del Poder Revisor de la Constitución, determinó incorporar esta medida, con la que si bien no se comulga, el Constituyente Permanente considera necesaria, pues como dijera don José María Iglesias: “Sobre la Constitución, nada; nadie sobre la Constitución.”

De lo dicho se deduce que lo correcto para algunos es seguir moviéndonos en la línea de un monismo nacionalista arcaico con la Constitución en la cúspide. Pero esta conclusión (de ser cierta) parece no sólo desconocer las nuevas propuestas doctrinales (formuladas desde la base del pluralismo jurídico) sobre las distintas formas en que pueden relacionarse entre sí el derecho internacional y el derecho interno de los Estados; propuestas que suponen dejar atrás los conceptos tradicionales de monismo y dualismo dominantes desde el siglo XIX.

La conclusión también contradice la realidad que impera en muchos países del mundo donde la Constitución está determinada en sus contenidos por nuevas expresiones de juridicidad (algunas de las cuales pueden ser más o menos informales) pero cuyo origen trasciende al Estado. Este es un tema tabú en México: declaraciones como la de la ministra Luna lo dejan de manifiesto. Aún existe una gran resistencia a aceptar que por encima de la Constitución mexicana pueda regir un derecho supraestatal de carácter obligatorio, cualquiera que sea su denominación y naturaleza.

A lo que entonces yo preguntaría: ¿qué se gana realmente con defender a ultranza la constitucionalidad de medidas violatorias de derechos humanos como el arraigo, sobre todo si en el camino se transgreden tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano? Más aún, si, como lo expusieron otros ministros durante la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, el arraigo viola diversos derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de 1969 (del que México es parte), ¿no sería preferible declararlo en esos términos antes de que la Corte IDH emita una condena a nuestro país? El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es categórico: ningún Estado puede invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Y si bien el arraigo domiciliario sólo procede para delitos graves en términos del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, la delincuencia no debería combatirse violando los derechos de las personas. Tomarse en serio los derechos de todos exige ir en busca de otros medios.

B. La Constitución mexicana es norma obligatoria, rematerializada y directamente aplicable

Si para el legalismo mexicano tradicional la idea de Constitución fue la de una norma fundamentalmente organizativa cuya función principal consistió en distribuir una serie de competencias entre los poderes públicos, *norma normarum*; en el constitucionalismo mexicano emergente la Constitución es considerada como norma jurídica *obligatoria*.

Avalan esta tesis no sólo razones *intrasistemáticas*, como la cláusula de interpretación conforme establecida en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional desde la reforma del 10 de junio de 2011, que ordena interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con el bloque de constitucionalidad conformado

por la propia Constitución y los tratados internacionales suscritos por México. También hay que destacar las obligaciones que el propio artículo 1º constitucional impone a todas las autoridades del país de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, así como las obligaciones a cargo del Estado de “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones” a tales derechos; con ello está claro que las normas constitucionales sobre la materia no son simples reglas técnicas ni enunciados que expresan juicios de valor; son auténticas normas de mandato.

Del mismo modo hay que considerar que la Constitución mexicana, a partir de la reforma de diciembre de 1994, está más garantizada que antes. Porque entonces, finalmente, se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales (reconocidas en el texto original de 17 pero limitadas a los conflictos entre dos o más Estados de la República, entre los Poderes de un mismo Estado y entre la Federación y uno o más Estados) y se incorporaron las acciones abstractas de inconstitucionalidad, quedando ambos controles reglamentados expresamente en la ley de 11 de mayo de 1995. Y a favor de la garantía de la Constitución no hay que olvidar el reforzamiento del amparo que produjo la reforma del 6 de junio de 2011, del que luego diré algunas cosas.

Pero el carácter normativo de la Constitución mexicana también viene confirmado por razones *extrasistemáticas*, como es el reconocimiento expreso de los operadores jurídicos del país. Al respecto es oportuno citar el amparo directo en revisión 2044/2008, donde la Primera Sala de la Corte sostuvo:

“En nuestro país la Constitución no es ya sólo un documento de carácter político, sino una norma jurídica vinculante; ya no es simplemente “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; ya no es una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia) sino que es también una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar).”

¡Cuánta distancia hay entre esta declaración de 2010 que concibe a la Constitución como norma obligatoria propia de un Estado constitucional y las

afirmaciones dichas durante la vigencia del legalismo que equiparaban a la Constitución de 17 a un programa político en vías de realización!³

Por lo demás, al haberse incorporado a la Constitución los derechos humanos de fuente internacional con las reformas del 6 y 10 de junio de 2011, ella es ahora una norma doblemente *rematerializada*. El cúmulo exorbitante de contenidos materiales de la Constitución da fe del pluralismo axiológico de nuestra sociedad contemporánea, multiplicando los conflictos derivados de su correcta aplicación.

Cito un célebre caso resuelto en 2010 por la Segunda Sala de la Corte sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Fue la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General de la República impugnando, entre otros, el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal reformado el 29 de diciembre de 2009, que modificó el concepto legal de matrimonio civil para quedar en sus términos actuales, entendido como “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”, pero sin especificar que debían ser un hombre y una mujer los contrayentes, permitiendo en consecuencia que dos personas del mismo sexo contrajeran nupcias.

La Segunda Sala argumentó que la Constitución es un “documento vivo” que debe interpretarse a la luz de la dinámica de las relaciones sociales, de manera que éstas, al transformarse, generan nuevas concepciones sobre lo que es familia y lo que es matrimonio. Este último, en particular, no es un concepto inmutable o petrificado, sino que está determinado por los cambios que experimentan las relaciones humanas.

Además, lejos de vincular al matrimonio con el fin de la procreación (como hacía la concepción tradicional) se reconoce que se sustenta sobre otro tipo de consideraciones (“*lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuo de quienes desean tener una vida en común*”) basadas en la autodeterminación de la persona como derecho protegido por la Constitución.

La interpretación que de ella se haga, por ende, “*debe tender a tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y en la heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias*”, sobre todo si se trata de preservar la dignidad humana, ya que de ésta, “*como derecho fundamental superior*

³ Vid. *supra*, nota 1.

reconocido por el sistema jurídico mexicano, deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal, así como su libre opción sexual... [de lo cual se sigue] que, en pleno respeto a la dignidad humana, es exigible el reconocimiento por parte del Estado no sólo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que... se decida adoptar...”.

En definitiva, de acuerdo a la sentencia: “... no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1º constitucional, que el legislador ordinario esté impedido para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que, por igual, son estables y permanentes, sólo por esa distinción [relativa al sexo de las personas]”.

Son éstos los casos que demuestran que en el constitucionalismo mexicano emergente los principales conflictos suscitados por la aplicación de los derechos tienen origen en la Constitución dado su carácter de norma rematerializada, lo que supone adoptar frente a ella un concepto axiológico que no se limite a considerarla como un simple trozo de papel sino como norma cargada de valor o, lo que es igual, como norma valiosa en sí misma.

Bueno, pero a este rasgo suyo se suma otro más: el de ser norma *directamente aplicable*. Porque a partir de la sentencia dictada por el Pleno de la Corte en el expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011 se instrumentó el control difuso de la Constitución como obligación de todos los jueces del país dentro de un modelo de control concentrado. Ahora tenemos un sistema doble: el concentrado de origen europeo y el difuso de confección norteamericana.

Y si bien el control difuso a cargo de los jueces se toma como algo dado, no está exento de discusión; las dudas surgen al momento de determinar sus alcances precisos. Prueba de ello es el debate suscitado al interior del Pleno de la Corte con motivo del amparo directo en revisión 1046/2012, donde se abordó el tema de si los jueces

federales, en el marco de los procedimientos de control concentrado, pueden aplicar el control difuso. La respuesta fue afirmativa. Sin embargo, la discusión tomó otro giro: el control difuso a cargo de los jueces federales que conocen de los procedimientos de control concentrado, ¿procede sólo respecto de las disposiciones del derecho adjetivo aplicables al caso (Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley de Amparo, Código Federal de Procedimientos Civiles y Ley Reglamentaria del Artículo 105), o también sobre normas sustantivas aunque no hubiesen sido materia de la impugnación? Y no sólo esto. Se plantea a su vez la duda de si dicho control difuso puede entenderse como parte de la suplencia de la queja a la que están obligados los tribunales federales en términos de la Ley de Amparo, o si aquélla es una extensión del control concentrado. Tales cuestiones suscitaron amplio debate al interior del Pleno que dejaron de manifiesto los desacuerdos existentes sobre el tema. Y hubo otras pendientes por dilucidar (de los que no me ocuparé aquí).

De cualquier modo, los tres rasgos de la Constitución mexicana que he mencionado (obligatoriedad, rematerialización y aplicabilidad directa), son aspectos destacados del proceso de constitucionalización de todo ordenamiento; por lo que si tengo razón, el nuestro estaría más constitucionalizado que nunca.

C. La Constitución mexicana está garantizada mediante diversos controles judiciales

A la constitucionalización abona también el hecho de que la Constitución mexicana esté más garantizada que en el modelo legalista (donde su garantía era más una idea que un hecho). Me refiero no solamente a los mecanismos de control concentrado de la Constitución que vinieron a sumarse al amparo con la reforma del 31 de diciembre de 1994 y que están reglamentados en la ley de la materia. Destacan por igual otras formas de control: por ejemplo, desde el expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011 se autoriza en el país el control difuso que puede ser tanto de constitucionalidad como de convencionalidad *ex officio* a cargo de todos los jueces, tanto federales como locales. Ello significa que en la actualidad encontramos en México un control de regularidad completo y complejo, como señala el ministro Cossío Díaz,⁴ pues en él conviven dos tipos de control: por un lado, el control concentrado que es

⁴ Vid. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., UNAM, México, 2013, pp. 201-215.

competencia exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, ejercido a través de los procedimientos de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y cuyo parámetro de control no sólo es la Constitución sino, además, el conjunto de derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que México es parte (artículo 103 constitucional, fracción I); este tipo de control tiene como posibilidad la declaración de invalidez de la norma general que se impugna con efectos generales.

Por otro lado, está el control difuso a cargo de todos los jueces ordinarios del país (federales y locales) que ejercen en el marco de los procedimientos ordinarios de los que conocen. Este control difuso se practica respecto de un parámetro más reducido pues comprende exclusivamente el bloque de derechos humanos de fuente constitucional e internacional (artículo 1° de la Constitución), y a diferencia del concentrado, en él se produce la inaplicación *in concreto* de la norma general que se estima contraria al bloque de derechos.

Pero aún hay más: al lado del control de constitucionalidad concentrado y difuso, existe el control de convencionalidad *ex officio*, incorporado al ordenamiento jurídico mexicano a partir del expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011. Este es un control difuso que también compete a todos los jueces del país (federales y locales) y consiste, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en contrastar la norma del derecho interno del Estado con la Convención Americana de 1969. De manera que el parámetro de control sería aún más reducido.

Sin embargo, en el caso de México, habiéndose asimilado por la Constitución los derechos humanos de fuente internacional según lo expuesto en la sentencia 293/2011 del 3 de septiembre de 2013, el control de convencionalidad *ex officio* se convierte, *ipso facto*, en un control de constitucionalidad. El ministro Zaldívar, en la sesión del 6 de abril de 2015, durante la discusión del amparo directo en revisión 1046/2012, sostuvo dicha tesis:

“... en el derecho constitucional mexicano –dijo- los dos conceptos [el de control de constitucionalidad y el de control de convencionalidad] están íntimamente relacionados... [porque] si nosotros hemos aceptado ya en jurisprudencia que hay un parámetro de regularidad constitucionalidad establecido por todos los derechos humanos que se contienen en la Constitución y en los tratados internacionales de los

que México es parte, y que éstos no se relacionan de manera jerárquica y que forman de alguna manera un bloque de constitucionalidad y que cuando se analiza un tema tenemos que analizar las normas de fuente constitucional estrictamente dicho e internacional, y con esto lo que decimos es que todos los derechos humanos de fuente internacional son derechos fundamentales constitucionalizados; entonces, me parece que en México cuando hacemos control de convencionalidad hacemos necesariamente control de constitucionalidad, es un control de constitucionalidad/convencionalidad...”.

Dejando de lado esta cuestión problemática que no puede ser debidamente analizada en unas cuantas líneas, quisiera decir algo más acerca del nuevo amparo como control concentrado desde la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 que incorporó la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En términos del decreto de reformas a la Constitución de esa fecha, y del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial el 2 de abril de 2013, la declaratoria general procede cuando los tribunales colegiados de circuito, las Salas o el Pleno de la Suprema Corte establezcan la inconstitucionalidad de una norma general mediante jurisprudencia por reiteración, es decir, cuando ese criterio se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, con mayoría de ocho votos si emana del Pleno, de cuatro si emana de las Salas y por unanimidad si proviene de los colegiados.

Lo interesante aquí es que la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una norma general no produce efectos inmediatos. El artículo 107 constitucional y el 232 de la Ley reglamentaria ordenan que la Corte notifique a la autoridad emisora (digamos, el Congreso de la Unión o alguna de las legislaturas de los Estados) para que en un plazo de noventa días naturales modifique la norma o la derogue, y sólo si transcurrido dicho plazo sin que la norma declarada inconstitucional haya sido modificada o derogada, el Pleno de la Corte emitirá la declaratoria correspondiente, siempre que haya sido aprobada por al menos ocho votos. De manera que ésta es la votación necesaria para anular una ley con efectos generales por vía del amparo y revivir los debates sobre la objeción democrática. ¿Ocho votos contra la mayoría de los diputados que participaron en la aprobación de la ley? Aunque la objeción de falta de legitimidad democrática de los ministros no cala tanto porque antes de emitir la declaratoria de invalidez deberán notificar al Congreso de la Unión o a la legislatura del

Estado para pedirle que modifique o derogue la ley, con lo cual se mantiene la deferencia al legislador democrático.

Esto último es importante resaltarlo porque desde 1975, uno de nuestros más distinguidos juristas del siglo XX, don Antonio Carrillo Flores, en un documento que redactó con motivo del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, propuso en sustitución de la de Otero, una “fórmula intermedia y realista” para el caso de las sentencias de amparo que declararan la inconstitucionalidad de una ley, comunicándolas al Congreso respectivo, federal o local, a fin de que procedieran a su modificación o derogación, según el caso. Recojo aquí sus palabras:

“Estoy convencido –dijo- de que el amparo cuya revisión a fondo empezó en 1950, todavía será objeto de modificaciones esenciales. Así, en un reciente congreso iberoamericano de derecho constitucional, se expuso la idea, que cuenta cada vez con un número creciente de pareceres entre los estudiosos mexicanos, de que, modificándose la fórmula que Otero acogió en el Acta de Reformas y que conservaron los Constituyentes de 1857 y después los de 1917, las sentencias de amparo que condenen una ley como inconstitucional valgan no sólo para el caso concreto sino para cualquier otro. Acaso, como yo me he atrevido a proponerlo, una fórmula intermedia y realista fuese que las sentencias de que vengo hablando se comunicasen al Congreso respectivo, ya fuese federal o local, para que éste derogase la ley o la modificara para ajustarla a los términos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia.”⁵

¡La fórmula intermedia y realista que Carrillo Flores propuso en 1975, está, desde la reforma del 6 de junio de 2011, prevista en el artículo 107 de la Constitución!

D. El sistema de fuentes del derecho comprende otras formas de juridicidad

En el constitucionalismo se encuentran los primeros pasos para una posible ampliación del listado de fuentes del derecho mexicano. Destacan sobre todo el derecho internacional y el derecho internacional sobre derechos humanos. Es posible citar varios precedentes judiciales en los que han sido utilizados criterios internacionales como herramienta de interpretación: es el caso del amparo directo 98/2007, en el que el Primer Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito interpretó el derecho

⁵ *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, Porrúa, México, 1981, pp. 32-33.

de asistencia consular a la luz de lo establecido en los tratados internacionales y en la opinión consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 que resolvieron el tema del aborto, donde los principales argumentos se apoyaron en los tratados internacionales suscritos por México y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

Pero la tendencia a reconocer y aplicar nuevas fuentes del derecho internacional se aprecia mejor en el expediente varios 912/2010. En él se propuso que las sentencias de la Corte Interamericana y los criterios interpretativos contenidos en ellas fueran vinculantes para los jueces del país cuando México hubiere sido parte en el conflicto; “... *el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte –se dijo- tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos.*”⁶

Esta determinación fue discutida y votada por el Pleno el 14 de julio de 2011, pero al final no alcanzó la mayoría necesaria para integrar jurisprudencia. El fallo derivó en un criterio aislado que en el derecho mexicano carece de obligatoriedad para los tribunales del país.⁷ Sin embargo, la sentencia como tal pone de relieve una de las principales señas de los tiempos que corren. ¿A qué me refiero? A que en la era que vivimos, marcada por la globalización, el concepto clásico de soberanía estatal se diluye por la multiplicación de instancias de producción jurídica de las que emana derecho internacional *sui generis* (no convencional), obligatorio para las autoridades de los Estados. Me parece que ésta es la idea implícita en la afirmación de la Suprema Corte cuando admite que:

“... no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas

⁶ Párr. 20.

⁷ Tesis P. LXV/2011 (9a.). «SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.»

sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.”⁸

Poco después fue retomado el tema de la fuerza vinculante de los criterios interpretativos de las sentencias de la Corte Interamericana: “...como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno –se dijo en la Contradicción de Tesis 293/2011-, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte...”. En los considerandos se expuso que el efecto vinculante de los criterios interamericanos no debía entenderse en sentido fuerte, como si los jueces estuvieran obligados a preferir invariablemente la jurisprudencia interamericana sobre los criterios nacionales, sino que debían observar un estándar mínimo, el nacional o el internacional, dependiendo de cuál fuera el más garantista. Esta determinación del Pleno constituye jurisprudencia obligatoria.⁹ Lo más importante, sin embargo, es que el debate que la precedió dejó patente la necesidad de incorporar nuevas formas de juridicidad al catálogo de fuentes: algo que en el modelo legalista estaba vedado.

Cierto, aún estamos lejos de lo que ocurre en otras regiones del mundo. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (por ejemplo) es obligatoria para los países europeos reconociéndole el carácter de *cosa interpretada* con efectos generales. Y hay quienes, en varios países de América Latina, hablan sobre la formación de un *ius constitutionale commune latinoamericanum* de origen jurisprudencial inspirado en los valores comunes que incorporan las Constituciones de los países del sistema interamericano de derechos humanos (principalmente el valor de la dignidad humana), el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Ese *ius commune* supone la creación de un cuerpo normativo que fija un estándar mínimo de protección de derechos humanos que la Constitución de cada país puede ampliar, pero nunca restringir, dadas las obligaciones de los Estados que ratificaron la Convención Americana y aceptaron la competencia contenciosa de la

⁸ Expediente varios 912/2010, párr. 17.

⁹ Tesis P./J. 21/2014 (10a.). «DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL». (C.T. 293/2011. 3 de septiembre de 2013).

Corte. De lograrse ese derecho común, estaríamos entrando de lleno en la era del derecho global (*global law*) donde el protagonista ya no es el Estado-nación, sino el ser humano.¹⁰

E. Surgen nuevas formas de aplicación del derecho

Cada vez estoy más convencido que el principio pro persona, incorporado al artículo 1° constitucional a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, abre nuevas posibilidades de interpretación y aplicación del derecho que rebasan por mucho la obligación de aplicar *exactamente* las leyes como indefectiblemente ocurría en el legalismo. El Pleno de la Suprema Corte confirmó el principio pro persona al resolver el expediente varios 912/2010 y lo utilizó como fundamento de sus fallos en asuntos posteriores (la acción de inconstitucionalidad 155/2007 y el amparo en revisión 151/2011, entre otros).

Pero el principio sufrió una seria limitante cuando en la contradicción de tesis 293/201 se acordó que frente a una restricción constitucional expresa a los derechos humanos debía prevalecer forzosamente la norma constitucional restrictiva sobre cualquiera otra norma de fuente internacional más favorable. El principio quedó entonces desplazado en su dimensión aplicativa. Quizá podría ser usado únicamente en su vertiente interpretativa: digamos, para interpretar *literalmente* la disposición constitucional que establece la restricción y evitar su aplicación a casos no previstos expresamente. Esa doble vertiente del principio pro persona muestra cuán amplios pueden ser sus alcances, por lo que haría falta precisarlos aún más.

Por ejemplo, sería necesario determinar (antes que nada) qué tipo de norma es la que ordena interpretar las normas relativas a los derechos humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Si se trata (como lo creo) de aquello que la teoría del derecho identifica como principio en sentido estricto (esto es, aquel que establece una cierta acción como obligatoria), ¿cuál sería la acción prescrita? Según señalan ciertos criterios emitidos por los tribunales del Poder Judicial federal,¹¹ la dimensión interpretativa del principio supondría la obligación de interpretar la

¹⁰ Vid. DOMINGO, Rafael, *¿Qué es el derecho global?*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

¹¹ Cfr. Tesis XVIII.3o.1 K (10a.) «PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS.» (Amparo en revisión 402/2011. Guadalupe Edith Pérez Blass. 19 de enero de 2012) y Tesis I.4o.A.20 K (10a.) «PRINCIPIO PRO HOMINE. VARIANTES QUE LO COMPONENTEN.» (Revisión fiscal 69/2013. 13 de junio de 2013).

disposición constitucional sobre derechos humanos en forma extensiva, de modo que la norma se extienda hasta cubrir casos no previstos expresamente, pero que, indudablemente, deberían ser incluidos conforme a la razón justificativa subyacente. Y supondría también la obligación de interpretar la disposición constitucional que establece alguna restricción al ejercicio de los derechos humanos de manera literal (o, incluso, restrictiva), para descartar la aplicación de la norma a cualquier caso que el legislador no haya previsto expresamente. Pero si hablamos de la dimensión aplicativa del principio pro persona tendríamos que distinguir al menos dos supuestos: el relativo a la colisión de normas sobre derechos humanos que supone acudir a la ponderación para determinar el principio que debe prevalecer. Y el que regía antes de la contradicción de tesis 293/2011 cuando frente a una restricción constitucional expresa, el juez podía preferir la norma internacional si ésta era más favorable. Desde aquella resolución del 3 de septiembre de 2013, en cambio, las restricciones constitucionales expresas son aplicables categóricamente.

Pienso que si tomamos a los derechos humanos en serio, el legislador constituyente no debería obligar al juez nacional a proceder de este modo. Debería permitirle que antes de aplicar la medida compruebe que ella satisface los criterios de idoneidad, necesidad, racionalidad y proporcionalidad *stricto sensu* en el caso que le toca resolver. Ello sería parte de su función como auténtico garante de los derechos humanos en el Estado constitucional de derecho. Por eso debería haber una cláusula constitucional que autorice o faculte al juez a disponer de cierta medida restrictiva si lo considera conveniente y si, y sólo si, las circunstancias del caso lo justifican.

3. LOS ELEMENTOS DE LA NUEVA FILOSOFÍA DEL DERECHO MEXICANA

El constitucionalismo como fenómeno o proceso de cambios que he descrito anteriormente ha transformado al ordenamiento jurídico mexicano de tal modo, que ahora parece necesaria una nueva concepción del derecho, una filosofía jurídica de nuevo cuño, que, partiendo del agotamiento de las concepciones del pasado, permita dar cuenta del modelo normativo dominante.

En mi opinión, esa filosofía no podría dejar de tomar en cuenta los siguientes elementos:

- **Los derechos humanos como principal elemento de su discurso:** el pensamiento filosófico mexicano debe fundarse sobre el valor de la persona y los derechos humanos. Esta es una exigencia que nace de la propia reforma al artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011 pues en ella *“el órgano reformador de la Constitución decidió cambiar... la esencia de la Constitución, poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio pro persona. Lo que se transformó fue la antropología constitucional misma, determinando de un modo completamente distinto la posición de las personas frente a las autoridades estatales.”*¹²

Es posible argüir que de esta nueva visión antropológica ya había indicios claros desde 2008, cuando se dio la reforma constitucional que llevó a la implementación de los juicios orales en materia penal en todo el país, ampliando los derechos de las víctimas del delito, consagrando a nivel de la Constitución el principio de presunción de inocencia y transformando el sistema penitenciario al pasar de un esquema de readaptación a uno de reinserción social. Si esto es así, la Constitución vigente estaría promoviendo un tipo de filosofía moral de corte liberal basada en el valor de la persona, en su autonomía, obvio, pero también en su dignidad e inviolabilidad.

Transcribo parte de la contradicción de tesis 293/2011 donde la Suprema Corte confirma este punto:

“Partiendo de la necesidad de colocar a la persona como el eje en torno al cual se articula la reforma en materia de derechos humanos, el primer párrafo del artículo 1º constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En este sentido, el reconocimiento de estos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas. Por lo tanto, desde la Constitución se reconocen derechos humanos cuya finalidad última consiste en posibilitar que todas las personas desarrollen su propio plan de vida.”

- **La existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral:** muchos de los derechos humanos que consagra la Constitución mexicana se expresan mediante cláusulas abiertas cuyo contenido es eminentemente moral. Esas cláusulas son

¹² Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 293/2011.

una parte consustancial de muchas constituciones contemporáneas, incluida la nuestra. Por eso, me parece que no podría desconocerse (a ese nivel) la existencia de una conexión ya no contingente, sino necesaria, entre el orden jurídico y el orden moral, facilitada por la presencia de cláusulas constitucionales que reconocen derechos humanos. Si esto es así, la filosofía del derecho mexicana de nuevo cuño tendría que superar aquellas posiciones (como las distintas versiones del positivismo jurídico) que niegan tal conexión.

- **Un concepto de validez robusto:** un aspecto de esa conexión necesaria se muestra en la transformación que ha sufrido el concepto de validez jurídica. Digamos que se ha redimensionado: de ser un concepto puramente formal, dependiente de que la norma inferior cumpla con el modo de producción estipulado en la norma o normas superiores, ahora posee una dimensión material que condiciona la validez de toda norma a que su contenido sea compatible con los derechos humanos de valor constitucional. De ahí que no sea verdad (como dijo Kelsen en alguna ocasión) que el derecho pueda tener cualquier contenido posible: en el caso de México esto debería ser evidente, pues desde la reforma al artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011, válidas son únicamente las normas que no transgreden los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La distinción entre ambas dimensiones del concepto de validez ha sido reconocida expresamente por el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011:

“Estos dos momentos –dijo- pueden reconducirse a la distinción entre dos dimensiones de la regularidad normativa propias de todo Estado constitucional: por un lado, lo que sería la “vigencia” o “existencia” de las normas, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que es una propiedad que depende de la correspondencia con las normas formales sobre su producción; y por otro lado, la “validez material” o “validez propiamente dicha” que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción.”

- **El pluralismo axiológico y el objetivismo ético:** al hablar del constitucionalismo como modelo normativo dije que *“el cúmulo exorbitante de contenidos materiales de la Constitución da fe del pluralismo axiológico de nuestra sociedad contemporánea, multiplicando los conflictos derivados de su correcta*

aplicación”. Cité enseguida el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo donde la Segunda Sala de la Corte sostuvo que la interpretación que se haga del texto constitucional “*debe tender a tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y en la heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias*”, sobre todo si se trata de preservar la dignidad humana de la que deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación.

Considero que sentencias como ésta sirven de base para sostener que la interpretación de la Constitución en la nueva filosofía del derecho mexicana debe promover una lectura moral de sus cláusulas, partiendo de la base del pluralismo axiológico que marca a nuestra sociedad actual. Del mismo modo, la interpretación moral de la Constitución no podría desarrollarse sin reconocer que en los asuntos morales es posible dialogar racionalmente para llegar a soluciones que, *prima facie*, cualquier persona racional aceptaría; ello supone que la nueva filosofía del derecho mexicana debe construirse sobre la base del objetivismo moral. Sin este último requisito, la sentencia que tomó la Segunda Sala en el ejemplo citado, no podría entenderse como el fruto de una auténtica discusión racional, sino, a lo mucho, como la síntesis de las preferencias subjetivas de los ministros que la integran. Y no sólo esto: la decisión que se tomó no podría ser catalogada entonces como la mejor decisión racionalmente fundada, sino como aquella que logró imponer el grupo más fuerte o el más apto.

- **El enfoque del derecho como argumentación**: este último punto me lleva a creer que la concepción del derecho que lo ve como una práctica social argumentativa explica de mejor manera su función dentro de la sociedad; el derecho se concibe (desde este enfoque) en términos de una acción colectiva en la que participan los distintos actores jurídicos (legisladores, jueces, litigantes, fiscales, defensores); pero son principalmente los jueces quienes, en los casos que resuelven y por medio de su actividad interpretativa y argumentativa, ponen al descubierto la otra cara del derecho: la de los fines y valores que lo justifican. Eso permite que el derecho despliegue adecuadamente su función de transformación social o de emancipación del ser humano. Muchos de los rasgos del constitucionalismo mexicano emergente analizados en el apartado §2, son, precisamente, resultado de una acción colectiva en la que han jugado

un papel destacadísimo los tribunales del país. Por eso creo que la nueva filosofía jurídica mexicana debería basarse en este enfoque general.

- **El abandono de los dogmas**: mi convicción es que el pensamiento filosófico mexicano debe abandonar los dogmas del legalismo tradicional pues le impiden al derecho transitar plenamente hacia el constitucionalismo. Dice Jaime Cárdenas (jurista mexicano) aludiendo a esos dogmas: “*Son barreras que se van incorporando a nuestro arsenal de conceptos y que se vuelven contra nosotros y nos impiden reflexionar el sistema jurídico de otra manera. Son conceptos y categorías que unidimensionalizan la realidad jurídica, la empobrecen y la reducen.*”

En el fondo, los dogmas acaban transformándose en instrumentos del *status quo*, “*en una herramienta ideológica que mantiene la correlación de fuerzas políticas, sociales y económicas, que hace del derecho un obstáculo al cambio y no un promotor de éste.*”¹³ Así ocurre, por ejemplo, con la concepción de la Constitución como documento puramente político, propio del legalismo mexicano tradicional. Pero lo mismo puede decirse del dogma que hace prevalecer el derecho interno sobre el de origen externo, o del que define al derecho en función de su imperatividad, entre otros.

- **El pluralismo normativo**: en la época de la globalización jurídica es imprescindible una concepción sobre el derecho que dé explicación a la pluralidad de órdenes normativos que reclaman vigencia en un mismo territorio. Las relaciones entre esos órdenes son diversas. Por ejemplo, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado ha dejado de explicarse por medio de los conceptos tradicionales de monismo y dualismo. Dice Armin von Bogdandy: “*desde una perspectiva jurídica y académica [ambas teorías] son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o deconstruirse.*” Por eso, añade: “*La concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual.*”¹⁴ Siendo esto así, la nueva filosofía del

¹³ CÁRDENAS, Jaime, “Las transformaciones en la cultura jurídica mexicana”, en Rodolfo Vázquez (ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía contemporánea en México*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 323-340, p. 324.

¹⁴ “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012, pp. 21-40, p. 25.

derecho mexicana no sólo debe reconocer el pluralismo normativo propiciado por la multiplicación de centros de producción jurídica a nivel internacional; también debe apostar por nuevas formas de interrelación entre los órdenes normativos superpuestos: transconstitucionalismo, acoplamiento, coordinación, etc.

4. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MEXICANA CONSTITUCIONALISTA

Algunos elementos descritos de la nueva filosofía jurídica mexicana pueden considerarse parte de lo que Atienza llamó alguna vez el “paradigma constitucionalista”,¹⁵ entendido como una concepción que pretende dar cuenta del derecho de los Estados constitucionales. Tesis como la de la conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral, la del concepto material de validez, o la del objetivismo ético, han sido defendidas por los partidarios de dicha concepción: Atienza, Nino, Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, entre otros. Pienso (por las razones que después expresaré) que la filosofía jurídica mexicana de nuevo cuño estaría más próxima a este paradigma constitucionalista que a la filosofía de los que asumen una actitud escéptica frente a la realidad de los ordenamientos constitucionalizados (y que no sería otra que la filosofía del positivismo jurídico, en alguna de sus versiones).

Sin embargo, al hablar de constitucionalismo debemos ser cautos pues ésta no es (en absoluto) una concepción homogénea. Ferrajoli, hace poco, introdujo la distinción entre dos tipos básicos de constitucionalismo teórico: uno, entendido como la superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista (que él identifica con el “neoconstitucionalismo”), y el otro, visto como la expansión o perfeccionamiento del positivismo jurídico (que es el que él propone y defiende); el primero, según el autor de *Diritto e ragione*, es el que harían suyo los no-positivistas citados más arriba y algunos de sus críticos.¹⁶

Los neoconstitucionalistas de tendencia iusnaturalista o no-positivistas, para Ferrajoli, defenderían tesis que les llevarían sin remedio a posiciones insostenibles; entre ellas: el constitucionalismo ético, el absolutismo de los valores y la intolerancia

¹⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 309-310; *id.*, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 52 y ss.

¹⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

frente a las opiniones morales disidentes, el debilitamiento de la normatividad constitucional, el aumento desmedido del poder de los jueces, etc.

Naturalmente, más de un “neoconstitucionalista” ha rechazado defender las tesis que Ferrajoli les adjudica en general (y en los términos precisos en que él las presenta).¹⁷ Quizá por eso sea conveniente partir de una nueva tipología que refleje los puntos de encuentro y las diferencias (más o menos sutiles) entre los diversos autores no-positivistas y entre éstos y Ferrajoli. Así que propondré una clasificación puramente orientadora, apoyándome en la del profesor italiano, pero introduciendo algunos matices.

Según la propuesta que defiendo, habría dos tipos principales de constitucionalismo jurídico: el no-positivista o pospositivista de autores como Alexy, Dworkin, Nino, Atienza y Vigo, por un lado, y el iuspositivista ferrajoliano, por el otro.

Las diferencias entre ambos constitucionalismos se basarían en cuatro criterios de análisis: 1) la relación entre el derecho y la moral, 2) la distinción entre principios y reglas, 3) la aceptación o no de la ponderación como procedimiento argumentativo y 4) la defensa del objetivismo ético.

	<i>Criterio de análisis</i>	<i>Constitucionalismo no-positivista o pospositivista (Alexy, Dworkin, Nino, Atienza, Vigo, Zagrebelsky)</i>	<i>Constitucionalismo iuspositivista (ferrajoliano)</i>
<i>I</i>	<i>Derecho y moral</i>	La incorporación de los derechos en las constituciones contemporáneas hace falsa (o irrelevante) la tesis del positivismo jurídico que afirma la separación lógico-conceptual entre el derecho	De la obvia circunstancia de que las constituciones incorporan valores, no puede sostenerse la derivación de la tesis de la conexión conceptual entre

¹⁷ Atienza, por ejemplo, niega ser neoconstitucionalista pues, para él, en este grupo están los que tienden a ver el derecho como un conjunto de principios (reducen las reglas a principios), incurriendo en un reduccionismo opuesto al de algunos positivistas que no ven en el fenómeno jurídico más que reglas, con lo cual presentan una imagen empobrecida de él. Vid. ATIENZA, Manuel, “Ponderación y sentido común jurídico”, en Ramón Ortega García (coord.), *Interpretación y argumentación jurídica en el Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 153-167.

		<p>y la moral. Es una postura no-positivista (Dworkin, Alexy) o pospositivista (Atienza) que denota la idea de superar (de una vez por todas) al iuspositivismo.</p>	<p>el derecho y la moral. Si así fuera, los valores incorporados a la Constitución tendrían que ser considerados objetivamente justos o verdaderos, imponibles a todos moral y jurídicamente, lo que supondría (al final de cuentas) el absolutismo de los valores.</p>
2	<i>Principios vs. reglas</i>	<p>Para algunos (Dworkin, Alexy) existe una distinción fuerte o cualitativa entre principios y reglas. Para otros (Atienza), la distinción, aunque relevante, no debe verse en términos esencialistas sino funcionales y dinámicos. En este sentido, desde el punto de vista de la función que desempeñan en el razonamiento jurídico, algunos defienden que los principios actúan como mandatos de optimización (Alexy), lo que presupone que poseen una dimensión de peso o importancia (Dworkin) que hace que en los conflictos entre principios se deba hacer un <i>balancing</i> para determinar cuál es el que prevalece en el caso concreto por tener mayor peso.</p>	<p>No hay una distinción real entre principios y reglas. Las características más comunes de los primeros (generalidad, indeterminación, ponderabilidad) también están presentes en las reglas. Incluso, algunos principios (los llamados regulativos, como los que expresan derechos civiles y políticos) se parecen más a las reglas pues su inobservancia está deónticamente prohibida; es decir, ellos llevan adheridas garantías que dan lugar a prohibiciones (de lesión) y a obligaciones (de prestación), y estas garantías no son sino</p>

			reglas.
3	Ponderación	De entre todos los procedimientos argumentativos destaca como ninguno la ponderación, que es vista como una operación racional cuasi-algorítmica (Alexy) o, simplemente, como un método susceptible de racionalidad, siempre que se ajuste a ciertos parámetros de control (Atienza). Y aunque la ponderación no sea (ni pueda ser) un método infalible, sí es necesaria para resolver los casos difíciles (Atienza).	Rechaza la ponderación al promover y alentar el activismo de los jueces y la discrecionalidad judicial, debilitando el carácter cognoscitivo de la <i>iurisdictio</i> (fuente de su legitimación) y la normatividad de las constituciones.
4	Metaética	Acepta el objetivismo ético, esto es, que en asuntos donde entra en juego la moral es posible llegar a soluciones objetivamente justas mediante el diálogo intersubjetivo en el que se respeten ciertas condiciones ideales (Nino, Atienza).	Se apoya en el relativismo ético como condición <i>sine qua non</i> del liberalismo y del pluralismo axiológico característico de las democracias constitucionales, donde conviven muchas concepciones del bien, sin que haya una única moral verdadera.

Con base en lo anterior, y suponiendo que los elementos de la nueva filosofía del derecho mexicana que identifiqué en el apartado §3 sean aceptables, ¿a qué tipo de constitucionalismo se aproximaría más esa filosofía?

Es difícil dar una respuesta categórica en un sentido o en otro (aunque yo lo haya intentado en otra ocasión).¹⁸

¹⁸ Vid. ORTEGA GARCÍA, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México*, ob. cit., nota 2, pp. 129-148.

Por principio de cuentas, entre la comunidad jurídica del país impera un desconocimiento general de los tipos de constitucionalismo existentes, lo cual ha llevado en la práctica a un uso poco riguroso de las etiquetas: los tribunales de justicia (por ejemplo), cuando quieren destacarse por su activismo, dicen que lo hacen porque son garantistas, sin caer en la cuenta que Ferrajoli siempre ha defendido la postura contraria (es decir, el deductivismo judicial).¹⁹

Por otro lado, no es extraño que en una misma sentencia de la Suprema Corte (como en la contradicción de tesis 293/2011) se encuentren citas de Nino y Ferrajoli, que mantienen constitucionalismos distintos.

Y en el ámbito académico prevalece una división de posturas evidente. Algunos estarían más cerca del constitucionalismo ferrajoliano (que sería, según creo, el caso de Pedro Salazar), mientras que otros defienden abiertamente el pospositivismo (como ha hecho, recientemente, Rodolfo Vázquez).²⁰

Frente a esta situación, propondré, por mi parte, que la filosofía del derecho mexicana de nuevo cuño está más próxima al constitucionalismo no-positivista o pospositivista de Atienza, Alexy y Nino, que al constitucionalismo iuspositivista de Ferrajoli. Me baso en tres razones principales (que también permiten tomar distancia del positivismo jurídico), a saber: 1) el trato reiterado (a nivel jurisdiccional) de aquellas disposiciones contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano que reconocen derechos humanos, más como principios que como reglas;²¹ 2) el incremento exponencial en el uso de la ponderación como razonamiento orientado a la solución de conflictos entre principios, por parte de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, particularmente por la Suprema Corte;²² y 3) el reconocimiento del Constituyente permanente al modificar el artículo 1º constitucional, y de la Suprema Corte al resolver la contradicción de tesis 293/2011, de

¹⁹ Sobre este tema, vid. SALAZAR UGARTE, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera, *Garantismo espurio*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-89.

²⁰ Vid. *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, IJ-UNAM-ITAM, México, 2015.

²¹ Cfr. Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.) «PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES».

²² Vid. DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, enero-junio de 2012, México, pp. 65-106.

que en la Constitución hay una filosofía moral subyacente de corte liberal que propugna como valores superiores del ordenamiento la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad del ser humano, lo cual exigiría de los jueces constitucionales la adopción de un objetivismo moral (así sea mínimo), pues, de otro modo, ¿cómo podrían dirimirse (racionalmente hablando) cuestiones como la planteada en la acción de inconstitucionalidad 2/2010?

La primera tesis presupone (como es obvio) la existencia de una distinción real entre principios y reglas, que todos los pospositivistas aceptan, si no en términos cualitativos o fuertes, sí como relevante. La segunda, la de la ponderación, también es aceptada por todos los pospositivistas, aunque con matices: Alexy la considera como una especie de algoritmo debido a la fórmula del peso, mientras que Atienza la vería más como expresión del sentido común jurídico (pero, no obstante, como un método susceptible de racionalidad). La tercera tesis, en fin, ha sido claramente defendida por Nino y Atienza (y en México, su promotor más importante es, sin duda, Rodolfo Vázquez).²³

Así, en definitiva, mi punto de vista es que la filosofía del derecho mexicana del siglo XXI estaría avanzando con paso firme hacia el constitucionalismo pospositivista. Pero sé que hay quienes no estarían de acuerdo conmigo.

Estos serían los partidarios del positivismo jurídico en México que rechazarían prácticamente todas las tesis que señalé con anterioridad: es decir, que el derecho está formado por principios y que éstos y las reglas son estándares diferentes; negarían o restarían valor a la ponderación como procedimiento argumentativo para resolver los conflictos entre derechos y negarían también que en los casos donde interviene la moral se puedan obtener soluciones racionalmente fundadas.

Al respecto yo diría un par de cosas: una es que los positivistas mexicanos (no todos, pero sí los más representativos), o bien desarrollan su teoría al margen de los cambios constitucionales que el país ha sufrido en los últimos años, o bien, pretenden explicar la nueva realidad normativa a partir de fórmulas caducas. Por ejemplo, uno de nuestros juristas más reconocidos, en un libro recientemente publicado,²⁴ declara que el

²³ Vid. *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México, 2001.

²⁴ SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, Tirant lo Blanch, México, 2015.

propósito que lo anima es unificar y mostrar como complementarias las teorías de Kelsen y Weber, como sus dos principales referencias. El marco conceptual que desarrolla es, en esencia, el de la *Teoría pura del derecho*: el principio de la pureza metódica (que en el libro “es expuesto ortodoxamente”); la identidad del orden jurídico y del Estado con base en la doctrina de la coactividad del derecho; la distinción entre sistemas normativos estáticos y dinámicos; la norma fundante básica, etc.; categorías que fueron elaboradas teniendo al modelo legalista en mira.

Asimismo, los positivistas como él parecen adoptar de una idea “ingenua” del positivismo jurídico. En el prólogo a su nuevo libro declara: “*Las tesis que se exponen en las siguientes líneas tienen una clara orientación positivista, pues se afirma la existencia de las normas del Derecho, sólo en la medida en que existe un acto de creación normativa.*”²⁵ Pero un pospositivista podría responder que no tiene ningún reparo en aceptar esta tesis dado que nunca ha negado que el derecho positivo provenga de actos de seres humanos. El problema está en que la tesis enuncia una verdad tan obvia, que corre el riesgo de ser considerada irrelevante (y así ha sido, de hecho). ¿Dónde estaría, entonces, el plus del positivismo jurídico?

Mi segundo comentario es que en oposición a los positivistas, el grupo de los constitucionalistas está creciendo cada vez más en el país y en él habría mayor identidad ideológica. Rodolfo Vázquez reconoce como autores adscritos a esta línea a varios de los principales filósofos del derecho en México: Adrián Rentería, Jaime Cárdenas, Juan Antonio Cruz Parceró, Miguel Carbonell y Pedro Salazar.²⁶ Que entre ellos hay diferencias teóricas y metodológicas es algo que ya mencioné; sin embargo, ninguno trata de ocultar la realidad del Estado constitucional de derecho y de la constitucionalización como fenómenos que exigen concepciones superadoras del positivismo jurídico. Precisamente, estas dos serían las bases de la cohesión de su movimiento, a saber: 1) la aceptación de una nueva realidad constitucional del país, y 2) el rechazo al positivismo jurídico en su versión ortodoxa o paleopositivista, incapaz de afrontarla. Y si bien pueden no tener todas las respuestas a los problemas, creo que su obra ofrece un mejor punto de partida que la alternativa iuspositivista.

²⁵ *Ibid.*, p. 8.

²⁶ Vid. el prólogo de Rodolfo Vázquez a su obra *Normas, razones y derechos... ob. cit.*, nota 13, pp. 11-20, p. 19.

5. BALANCE CONCLUSIVO

El modelo constitucional basado en los derechos humanos ha transformado de raíz al ordenamiento mexicano. La Constitución de 1977 es norma suprema, obligatoria, rematerializada y de aplicación directa por parte de los tribunales de justicia. Han surgido, además, nuevas fuentes de carácter obligatorio y nuevas formas de aplicación del derecho. Estos cambios exigen adoptar un enfoque teórico superador de las antiguas concepciones, forjadas sobre la base del legalismo tradicional y sus dogmas. En este trabajo he intentado reconstruir los principales elementos de esa filosofía de nuevo cuño, y he sostenido que la misma se aproxima más al constitucionalismo pospositivista de autores como Atienza, Alexy, Dworkin y Nino. También he tratado de justificar esta idea con argumentos que hacen hincapié en la valía de los principios y de la ponderación en la jurisprudencia de los tribunales mexicanos. He finalizado reconociendo que aunque no todos aceptarán mi propuesta, la realidad jurídica del país, transformada por el modelo constitucional dominante, impone mirar hacia nuevos horizontes.