



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

*LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y SU APLICACIÓN POR LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN*

Tesis que presenta el licenciado
RUBÉN ANTONIO SÁNCHEZ GIL
para obtener el grado de
DOCTOR EN DERECHO

TUTOR: DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Ciudad Universitaria, febrero de 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A la Universidad Nacional, con amor filial;
por la razón, la libertad y la democracia.*

AGRADECIMIENTOS

A *Ophélie*. Gracias, mi amor, porque tus sacrificios también sirvieron para concebir las siguientes páginas. *Je t'aime très bien, ma petite Joconde*.

A mis padres y hermanos, con todo mi cariño; las palabras no bastan para mostrar el valor que doy al apoyo que siempre me han dado y a la fortuna de contar con ustedes.

A la memoria del maestro Ignacio Burgoa, manteniendo viva su inspiración y el recuerdo de su gentil amistad.
Manes in corde meo, Magister.

Al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor,
con toda gratitud por su guía y apoyo irrestricto para este trabajo; pero sobre todo por su aliento en los momentos más difíciles, y lo que más valor tiene para mí: su confianza y estimación.

Al Dr. Miguel Carbonell,
por su ejemplo académico y personal, su invaluable apoyo y la abierta cordialidad que siempre me ha obsequiado.

Al Dr. Carlos A. Morales Paulín,
por su ayuda en este difícil camino y el ánimo con que me ha impulsado para seguir en él.

Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Häberle,
möchte ich mich für das persönliche Gespräch und für die grosse Hilfe, mir die Tür zur Universität Bayreuth geöffnet zu haben, herzliche bedanken.

Al Dr. Pedro Serna,
por la valiosa oportunidad de investigar a su lado y aprender de él, y permitir que me cuente entre sus amigos.

Al Dr. Héctor Fix-Fierro,
por su generosa amistad y en especial sus “porras” para realizar este trabajo, sin las cuales difícilmente hubiera sido posible.

Al Dr. Máximo Carvajal Contreras;
por el privilegio de contar con su amistad y afecto por tantos años, y el invaluable tesoro de su consejo.

A mis demás amigos por sus enseñanzas personales y profesionales, aunque más por los muchos años de verdadera amistad; de muchos modos, cada uno también está aquí.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	XVII
--------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO PERFILES CONTEMPORÁNEOS DE LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL

I. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	1
1. <i>Relación histórica</i>	1
2. <i>La necesidad interpretativa del derecho</i>	3
A. <i>Interpretación y aplicación jurídicas</i>	3
B. <i>In claris non fit interpretatio (?)</i>	5
II. EPISTEMOLOGÍA, HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA	7
1. <i>Conocimiento e interpretación jurídica</i>	7
2. <i>Elementos de la interpretación jurídica</i>	8
A. <i>Objeto</i>	8
B. <i>Sujeto</i>	12
3. <i>Teorías tradicionales de la interpretación jurídica</i>	14
A. <i>Teoría univocista u objetivista</i>	14
B. <i>Teoría equivocista o subjetivista</i>	15
4. <i>La posición intermedia: la hermenéutica analógica</i>	15
A. <i>Aspectos generales</i>	15
B. <i>La hermenéutica analógica en el derecho</i>	20
5. <i>Relativismo en la interpretación</i>	22
A. <i>Precomprensión y espiral hermenéutica</i>	22
B. <i>Entre la ciencia exacta y la magia negra</i>	24
III. LA INTERPRETACIÓN EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA	26
1. <i>Del positivismo decimonónico al positivismo incluyente</i>	26
2. <i>La interpretación y el modelo de subsunción lógica</i>	31
IV. JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN INTERPRETATIVA	33
1. <i>La decisión interpretativa</i>	33
2. <i>En busca de la decisión interpretativa “correcta”</i>	35
A. <i>Posible diversidad de significados</i>	35
B. <i>Métodos, criterios y directivas de interpretación</i>	36
3. <i>Ideología y valoración</i>	39
4. <i>El método de la interpretación jurídica: la argumentación dialéctica</i>	41
A. <i>El procedimiento interpretativo del derecho</i>	41
B. <i>La argumentación de la interpretación jurídica</i>	45
a. <i>Renacimiento de la argumentación jurídica</i>	45
b. <i>Razonabilidad y racionalidad</i>	47

c. Precisiones relevantes	49
V. EL JUZGADOR COMO INTÉRPRETE JURÍDICO	51
1. <i>El modelo de aplicación jurídica: el juicio procesal</i>	51
2. <i>La función jurisdiccional</i>	52
3. <i>El paradigma jurisdiccional de la tradición romanista</i>	57
4. <i>La precomprensión del juzgador y la interpretación jurídica</i>	59
A. <i>La precomprensión judicial</i>	59
B. <i>Ideologías de la función jurisdiccional y de la interpretación</i>	59
C. <i>Los hechos del litigio</i>	60
D. <i>Aspectos personales del juzgador</i>	61
5. <i>Justificación y control de las decisiones interpretativas judiciales</i>	63

CAPÍTULO SEGUNDO LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN

I. GENERALIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	65
1. <i>¿Es diferente la interpretación constitucional?</i>	65
2. <i>La interpretación definitiva de la Constitución</i>	68
3. <i>Ubicación de la interpretación constitucional: ¿teoría de la Constitución o derecho procesal constitucional?</i>	71
II. CONTENIDO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	73
1. <i>La Constitución como ordenamiento fundamental de la sociedad</i>	73
A. <i>Ideario político y social</i>	73
B. <i>Acuerdo político fundamental y democrático</i>	75
a. <i>Potestad y legitimidad constitucionales</i>	75
b. <i>Poder constituyente y gobierno democrático</i>	79
c. <i>La democracia constitucional</i>	81
C. <i>Función integradora de la Constitución</i>	84
2. <i>Los valores constitucionales</i>	85
A. <i>Valores, bienes y valoración</i>	85
B. <i>Axiología y derecho</i>	88
C. <i>Teoría axiológica de la Constitución</i>	89
a. <i>El sistema objetivo de valores constitucionales</i>	89
b. <i>Objeciones y réplica. La Constitución como “orden marco fundamental”</i> ..	93
3. <i>El orden fundamental liberaldemocrático</i>	97
4. <i>Aspectos sociales y axiológicos de la interpretación constitucional</i>	101
A. <i>Sociedad e interpretación constitucional</i>	101
B. <i>La “lectura moral” de la Constitución</i>	105

III.	NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	107
1.	<i>La Constitución como regulación jurídica</i>	107
A.	<i>Prolegómeno</i>	107
B.	<i>Del rule of law al jus constitutionale commune</i>	108
C.	<i>Control constitucional: juridicidad y supremacía de la ley fundamental</i>	111
2.	<i>El bloque de constitucionalidad</i>	113
A.	<i>Origen y desarrollo en Francia</i>	113
B.	<i>Elementos integrantes</i>	115
C.	<i>Adopción en Europa y Latinoamérica</i>	117
IV.	ESTRUCTURA DE LOS ENUNCIADOS CONSTITUCIONALES	119
1.	<i>La indeterminación constitucional</i>	119
A.	<i>Apertura lingüística de la Constitución</i>	119
B.	<i>Conceptos “abiertos” constitucionales</i>	121
a.	Conceptos jurídicos indeterminados	121
b.	Conceptos esencialmente controvertidos	123
c.	Cláusulas generales	124
2.	<i>La teoría de los principios y las normas constitucionales</i>	124
A.	<i>Los principios jurídicos</i>	124
a.	Valores y principios del derecho	124
b.	Dos clases de normas jurídicas: reglas y principios	126
c.	Interpretación y principios jurídicos	131
B.	<i>Los principios constitucionales</i>	134
3.	<i>La apertura de las disposiciones constitucionales y su interpretación</i>	137
V.	ORIGINALISMO Y CONSTITUCIONALISMO VIVIENTE	140
1.	<i>Consideraciones preliminares</i>	140
2.	<i>La interpretación constitucional en perspectiva histórica</i>	142
A.	<i>Originalismo</i>	142
B.	<i>Constitución viviente</i>	144
3.	<i>Deficiencia de ambas posiciones clásicas</i>	147

CAPÍTULO TERCERO
 JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
 E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I.	LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	153
1.	<i>Evolución de los derechos humanos internacionales</i>	153
2.	<i>El orden público internacional y los derechos humanos</i>	157
II.	ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	161
1.	<i>Tribunales universales, regionales y supranacionales</i>	161
2.	<i>Competencias contenciosa y consultiva</i>	163

3.	<i>Particularidades de algunos tribunales internacionales</i>	164
A.	<i>Corte Internacional de Justicia</i>	164
B.	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	165
C.	<i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	167
D.	<i>Corte Penal Internacional</i>	168
E.	<i>Unión Africana y Liga Árabe</i>	169
III.	CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES	171
1.	<i>Derechos humanos y fundamentales</i>	171
2.	<i>Responsabilidad internacional y soberanía estatal</i>	172
3.	<i>El Estado cooperativo haerberliano</i>	176
IV.	INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN <i>PRO HOMINE</i> DE LOS DERECHOS HUMANOS	178
1.	<i>El principio pro homine</i>	178
2.	<i>Articulación de los órdenes internacional y doméstico</i>	180
V.	LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS	184
1.	<i>La “regla de interpretación” de la Convención de Viena</i>	184
2.	<i>El objeto de los tratados sobre derechos humanos y su interpretación</i>	186
3.	<i>La jurisprudencia internacional de derechos humanos</i>	188
VI.	LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU CONFORMIDAD AL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	190
1.	<i>La apertura del ordenamiento doméstico al internacional</i>	190
2.	<i>El diálogo de las jurisdicciones internacional y constitucional</i>	194
VII.	<i>EXCURSUS</i> : NOTAS SOBRE LA UNIÓN EUROPEA Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	198
1.	<i>Aspectos generales políticos y jurídicos</i>	198
2.	<i>Derecho comunitario e interno</i>	200
3.	<i>La protección de los derechos fundamentales</i>	202

CAPÍTULO CUARTO
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I.	TRIBUNALES CONSTITUCIONALES	205
1.	<i>Sistemas jurisdiccionales de control constitucional</i>	205
2.	<i>Concepto de “tribunal constitucional”</i>	207
3.	<i>Características de algunos tribunales constitucionales</i>	209
A.	<i>Alemania</i>	209
B.	<i>Colombia</i>	212
C.	<i>España</i>	213
D.	<i>Estados Unidos de América</i>	215
E.	<i>Francia</i>	218
F.	<i>Italia</i>	219

II.	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO FUNCIÓN POLÍTICA	221
	1. <i>El sentido político de los tribunales constitucionales</i>	221
	2. <i>Legitimidad democrática</i>	224
III.	RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y OTRAS FUNCIONES POLÍTICAS	227
	1. <i>El legislador ante el tribunal constitucional</i>	227
	2. <i>Controlando a Leviatán: Jurisdicción constitucional y poder ejecutivo</i>	229
	3. <i>Jurisdicciones constitucional y ordinaria</i>	231
	4. <i>Conflictos orgánicos y regionales</i>	232
IV.	LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	234
	1. <i>Naturaleza de la función jurisdiccional</i>	234
	2. <i>Sistema constitucional: división del poder y democracia</i>	236
	3. <i>Las “cuestiones políticas” y su examen judicial</i>	239
	4. <i>¿Autorrestricción o activismo judiciales?</i>	241
	5. <i>Excursus concatenante: El texto constitucional como límite interpretativo</i>	247
V.	A MODO DE EPÍLOGO: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y ORDEN FUNDAMENTAL LIBERALDEMOCRÁTICO	249

CAPÍTULO QUINTO
LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

I.	LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN	253
	1. <i>Metodología tradicional</i>	253
	2. <i>En pos de una hermenéutica constitucional</i>	255
	A. <i>El “modesto” papel de una teoría de la interpretación constitucional</i>	255
	B. <i>La canonización del texto constitucional y sus implicaciones</i>	257
	C. <i>Necesidad y posibilidad de diversas interpretaciones: una hermenéutica análoga para la Constitución</i>	262
	a. <i>El texto constitucional y su interpretación en la sociedad contemporánea</i> .	262
	b. <i>Analogía e iconicidad del texto de la Constitución</i>	264
	D. <i>Ciencia y arte de la interpretación constitucional</i>	266
	a. <i>Criterio de validez</i>	266
	b. <i>El método de la hermenéutica constitucional</i>	268
	c. <i>Los principios interpretativos constitucionales y su aplicación</i>	270
	3. <i>La argumentación de la justicia constitucional</i>	273
II.	PROBLEMAS ESPECIALES DE LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN	278
	1. <i>Nota inicial</i>	278
	2. <i>Lagunas constitucionales y sobreinterpretación</i>	279
	A. <i>Plenitud hermética del ordenamiento constitucional</i>	279
	B. <i>Sobreinterpretación constitucional</i>	282

3.	<i>Solución de antinomias constitucionales</i>	286
A.	<i>Conflictos normativos constitucionales</i>	286
B.	<i>El principio de proporcionalidad</i>	289
III.	PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL GENERALMENTE ACEPTADOS	294
1.	<i>Plena fuerza normativa constitucional</i>	294
A.	<i>Eficacia plena e inmediata del texto constitucional</i>	294
B.	<i>Disposiciones programáticas</i>	296
C.	<i>Preámbulo y otros elementos de aplicabilidad</i>	298
2.	<i>Unidad de la Constitución</i>	302
A.	<i>Sistemas jurídico y constitucional</i>	302
B.	<i>El “Constituyente racional”</i>	304
C.	<i>Jerarquía intraconstitucional y “preferred freedoms”</i>	306
D.	<i>Subprincipios derivados: Concordancia práctica y corrección funcional</i>	310
E.	<i>Stare decisis y preservación de la unidad constitucional</i>	312
3.	<i>Autonomía y supremacía de la Constitución frente al derecho ordinario</i>	316
4.	<i>Atención a las consecuencias sociales y políticas</i>	318
IV.	PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN GESTACIÓN	324
1.	<i>Referencia al derecho internacional de los derechos humanos</i>	324
2.	<i>Comparación jurídica</i>	325
V.	CONTROL DE DECISIONES INTERPRETATIVAS CONSTITUCIONALES Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL	329

CAPÍTULO SEXTO
PANORAMA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I.	ASPECTOS ELEMENTALES	335
1.	<i>Naturaleza y ubicación orgánicas</i>	335
2.	<i>Ministros integrantes. Designación y garantías de independencia e imparcialidad</i>	337
3.	<i>Organización en Pleno y Salas</i>	338
II.	INTERPRETACIÓN DEFINITIVA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA	340
III.	ÁMBITO COMPETENCIAL	344
1.	<i>Atribuciones jurisdiccionales</i>	344
A.	<i>Juicio de amparo</i>	344
B.	<i>Controversia constitucional</i>	345
C.	<i>Acción de inconstitucionalidad</i>	351
D.	<i>Apelación extraordinaria y otros procedimientos</i>	356
2.	<i>Atribuciones no jurisdiccionales</i>	358
A.	<i>Facultad de investigación</i>	358
B.	<i>Sistematización jurisprudencial</i>	360

C. <i>Acuerdos generales y reglamentos</i>	361
D. <i>Facultades administrativas</i>	362
IV. ALCANCES Y LÍMITES JURISDICCIONALES	362
1. <i>Instancia procesal y naturaleza de la cuestión planteada</i>	363
2. <i>Cuestiones políticas</i>	366
3. <i>Autorrestricción judicial</i>	367
V. LA SUPREMA CORTE Y LA VIDA POLÍTICA MEXICANA. UN “VIEJO” PROTAGONISMO CON NUEVOS HORIZONTES	369

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Y OTROS TRIBUNALES MEXICANOS)

I. LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN MÉXICO	379
1. <i>Concepto, objeto y fin de la interpretación</i>	379
2. <i>Metodología. Un ensayo de interpretación contemporánea del artículo 14 constitucional</i>	386
3. <i>La doctrina en la jurisprudencia</i>	389
II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO	392
1. <i>Bases metodológicas generales</i>	392
2. <i>La jurisprudencia de la Suprema Corte</i>	397
III. CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ..	400
1. <i>Juridicidad constitucional</i>	401
A. <i>Naturaleza jurídica y supremacía de la Constitución</i>	401
B. <i>Aplicabilidad inmediata de las normas fundamentales</i>	403
2. <i>Valores y principios constitucionales</i>	406
A. <i>El sistema axiológico de la Constitución</i>	406
B. <i>Los principios constitucionales</i>	409
C. <i>Efecto de irradiación</i>	412
a. <i>Interpretación conforme a la Constitución</i>	412
b. <i>La Drittwirkung en México</i>	414
3. <i>El orden fundamental liberaldemocrático mexicano</i>	417
4. <i>¿Hacia un bloque de constitucionalidad?</i>	425
A. <i>La prudente indecisión de la Corte</i>	425
B. <i>Tratados internacionales de derechos humanos</i>	426
C. <i>Leyes constitucionales</i>	429
D. <i>Conclusiones provisionales y tendencias</i>	432
IV. LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA	436
1. <i>Plena fuerza normativa constitucional</i>	436
A. <i>Aplicaciones generales</i>	436

B. <i>Optimización de los derechos fundamentales</i>	442
2. <i>Unidad de la Constitución</i>	449
A. <i>Interpretación sistemática de la Constitución</i>	449
B. <i>Concordancia práctica y corrección funcional</i>	451
C. <i>Recepción del principio de proporcionalidad</i>	453
D. <i>El principio stare decisis en México</i>	458
3. <i>Autonomía y supremacía constitucionales</i>	460
4. <i>Atención a las consecuencias sociales y políticas</i>	461
5. <i>Referencia al derecho internacional de los derechos humanos</i>	464
A. <i>Solidaridad internacional en la Constitución. Argumentos para un principio de “afabilidad iusinternacional” en México</i>	464
B. <i>Vinculación a la jurisprudencia internacional</i>	467
C. <i>La jurisprudencia interamericana y los tribunales mexicanos</i>	471
6. <i>Comparación jurídica</i>	474
7. <i>Panorama conclusivo</i>	478
V. <i>EL CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN</i>	483
1. <i>La argumentación de la Suprema Corte</i>	483
A. <i>Garantía de motivación</i>	483
B. <i>Transparencia y estilo argumentativo</i>	484
2. <i>Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	485
3. <i>Responsabilidad jurídica</i>	487
A. <i>Independencia y responsabilidad judiciales</i>	487
B. <i>Juicio político</i>	489
C. <i>Responsabilidades penal, civil y administrativa</i>	492
D. <i>Notas finales</i>	494
4. <i>Control social. La Corte ante la academia y la sociedad</i>	494

CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO	497
CAPÍTULO SEGUNDO	499
CAPÍTULO TERCERO	500
CAPÍTULO CUARTO	501
CAPÍTULO QUINTO	502
CAPÍTULO SEXTO	503
CAPÍTULO SÉPTIMO	504
CONCLUSIÓN GENERAL	506

FUENTES

I.	BIBLIOGRAFÍA	507
II.	HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTOS DE TRABAJO	528
III.	LEGISLACIÓN, TRATADOS Y OTRAS FUENTES PRIMARIAS	535
IV.	JURISPRUDENCIA	537
V.	SITIOS EN INTERNET	539

INTRODUCCIÓN

La “interpretación” es una de las actividades más emblemáticas de la profesión jurídica. Como desde la antigüedad, con los pontífices romanos, se le atribuye cierto misticismo y a los intérpretes una dignidad especial por su autoridad para conocer y decir “correctamente” el derecho, se consideró que a ella subyace un *ars interpretandi*. No es una opinión del todo equivocada, porque la interpretación es tanto una ciencia como un arte: es lo primero dado que basa su construcción disciplinaria y sus conclusiones en un conocimiento que pretende ser científico —o sea racional, sistemático y corregible—, y lo segundo en virtud de que a práctica es indefectible la participación de la subjetividad del intérprete. No es difícil imaginar cuán conflictiva resulta esta última idea para la concepción tradicional en nuestro medio sobre la interpretación jurídica.

La anterior preocupación también tiene lugar respecto de la interpretación constitucional. Aparentemente los problemas hermenéuticos cobran mayor trascendencia en aquélla, especialmente cuando su interpretación definitiva se encarga a órganos jurisdiccionales, porque el texto sobre el cual recae es nada menos que el texto fundamental de la organización política y jurídica de la sociedad. De acuerdo con una de las lecturas que se le pueden dar, la célebre frase del *justice* Charles Evans Hughes (“Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que dicen los jueces que es”),¹ ocasionaría graves problemas si fuera verdadera: el derecho constitucional no cumpliría su función esencial de brindar una regulación cierta y predecible que permita a las personas (públicas y privadas) adecuar su conducta a ese orden jurídico primario, al no ser las normas fundamentales más que una creación —incluso caprichosa— de sus intérpretes; y por lo mismo nada más que una ilusión el gobierno democrático a través de una ley fundamental expedida por el pueblo, pues quienes interpretan la Constitución ejercerían un poder absoluto.

Aunque muchas de las impugnaciones a la supuestamente desbocada interpretación judicial no son más que “frases hechas”² —como la de Hughes—, no puede negarse que es indispensable a la interpretación jurídica poseer una metodología que asegure su corrección y la validez de sus resultados. Esta necesidad es ciertamente aun mayor para la que se realiza sobre la ley fundamental, dadas las peculiaridades de este texto —sobre todo la gran indeterminación de sus disposiciones—; y ella se enfrenta a la precariedad del uso tradicional de instrumentos metodológicos conservados desde el siglo XIX, que no se elaboraron para documentos jurídicos con su estructura normativa ni sociedades como las actuales.

Sin menoscabar la aplicación general de la anterior problemática de la interpretación constitucional a los Estados democráticos contemporáneos, ella se magnifica en el contexto mexicano en el cual se añaden a ella otras dificultades. Nadie ignora que la reforma judicial de 1994 otorgó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación inédita trascendencia política, y que ello fue tanto resultado como catalizador de la transición democrática de nuestro país; este tránsito no ha culminado: aun intentamos en México “el análisis, negociación y construcción de acuerdos para la concreción del proceso de la Reforma del Estado Mexicano”.³

¹ “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution*”, “Discurso ante la Cámara de Comercio de Elmira”, Nueva York, 3 de mayo de 1907. Entre las múltiples fuentes que recogen este pasaje, véase Danelski, David J., y Joseph S. Tulchin (eds.), *The autobiographical notes of Charles Evans Hughes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1973, p. 144.

² Cfr. Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2003, p. 75.

³ Art. 1o., párr. segundo, de la Ley para la Reforma del Estado (*Diario Oficial de la Federación*, 13 de abril de 2007).

En un momento tan políticamente crítico para México como es el presente, en el cual se tratan de hallar puntos de coincidencia para la dirección de una sociedad confrontada en diversos aspectos y por muchos motivos, la única orientación objetiva posible es el texto constitucional y la interpretación que lo acompaña. Por eso la corrección metodológica de ésta no un problema meramente abstracto, muy por el contrario: tiene importancia mayúscula para la praxis constitucional mexicana y la configuración política de la realidad de nuestro país.

* * *

La presente investigación parte de la interrogante de si la Suprema Corte de Justicia de la Nación respeta los principios metodológicos de la interpretación constitucional, proveyendo así un significado constante y predecible a las disposiciones fundamentales, que brinde seguridad jurídica a las personas cuya conducta rige la Constitución. Pero a esta cuestión no puede responderse directamente, exige antes sentar conclusiones respecto a si: 1) la interpretación puede ser una actividad científica; 2) existen pautas metodológicas para ella que aseguren en alguna medida la validez de sus resultados; 3) los problemas de la interpretación constitucional son domeñables por alguna metodología; y 4) los tribunales constitucionales son aptos para efectuar la interpretación definitiva de la ley fundamental en una sociedad democrática. A estudiar los tópicos anteriores se dedican la gran mayoría de las secciones de este trabajo.

El primer capítulo ofrece un análisis de la naturaleza de la interpretación jurídica, enfocado hacia la que realizan los tribunales, con el objeto de determinar sus perfiles y límites epistemológicos *lato sensu*. Este examen no sólo se funda en la corriente hermenéutica analógica que propone el filósofo mexicano Mauricio Beuchot, su resultado lleva incluso a ofrecerla como una perspectiva idónea para la interpretación jurídica, que es sumamente apropiada para la constitucional —como se verá adelante— porque permite diversas interpretaciones de un mismo texto mas no admite a cualquiera como válida. Dicha doctrina

ha despertado gran interés dentro del medio académico nacional e internacional, siendo reconocida en ella la originalidad, el rigor y, sobre todo, la fecundidad a la hora de responder a interrogantes y problemas filosóficos, generados por la crisis de la modernidad y planteados por el pensamiento postmoderno.⁴

En el segundo capítulo de este trabajo hacemos un recuento de los principales problemas de la interpretación constitucional, desde el relativo a su diferenciación específica con las realizadas en otras materias jurídicas hasta el de su legitimidad a través del tiempo. Son muy diversos los tópicos tratados en esta sección: la institución de los tribunales como intérpretes definitivos constitucionales, el sistema axiológico fundamental, el bloque de constitucionalidad francés, el uso de conceptos indeterminados y esencialmente controvertidos en el texto constitucional, y la oposición entre el originalismo y la *living Constitution* como respuestas a la aplicación diacrónica de las normas constitucionales. Nuestro tratamiento de estos temas tiende, más que formular conclusiones a su respecto, a brindar un horizonte amplio a la lectura del texto constitucional: el intérprete de la ley fundamental no sólo enfrenta las dificultades de dar significado a un texto, que son inherentes a la actividad hermenéutica; a ellas se suman la trascendencia sociopolítica de la Constitución y la complejidad del mundo jurídico en el que ella se inserta.

⁴ Hernández, Gabriela, “Presentación”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, p. 8.

En una importante medida, la complejidad jurídica que recién mencionamos deriva de que la ley fundamental no se relaciona sólo con el ordenamiento jurídico y contexto social del Estado al que pertenezca, sino que también se encuentra vinculada con el derecho internacional de los derechos humanos; es tan extenso e importante este tema, que nos hizo dedicar la tercera sección de nuestro estudio para analizar la conexión de la interpretación constitucional con esa materia internacional. Lo más relevante de ella es, sin duda, la demostración de que los tribunales constitucionales se encuentran obligados a seguir los criterios establecidos por las jurisdicciones internacionales de derechos humanos; aunque también contiene el estudio de cuestiones elementales y otros aspectos de la relación entre el derecho constitucional y el internacional. Al final de este capítulo incluimos unas notas de aproximación al importante e innovador desarrollo político y jurídico que representa la Unión Europea; fue la trascendencia que en el ámbito constitucional tiene este fenómeno de integración y la complejidad que tiene en articulación con el derecho internacional de los derechos humanos, las que nos hicieron ver la necesidad de incluir un estudio básico a su respecto.

La cuarta parte de nuestro trabajo intenta dar con los caracteres esenciales de la “jurisdicción constitucional” genéricamente concebida y no referida a un ordenamiento determinado. En ella se analizan cuestiones relativas al sentido político de la actividad de los tribunales constitucionales y a su legitimación democrática, con el objeto de saber qué tan fundadas son las voces que peyorativamente hablan de la “politización de la justicia”. Con el mismo fin estudiamos los límites y restricciones que podrían tener los tribunales constitucionales en su labor, relativas consecuentemente a los alcances de su poder político; no sin cierta sorpresa, de esta investigación resultó que los “límites” tradicionales a jurisdicción constitucional en realidad no son tales: las doctrinas de la “*political question*” y la “*judicial self-restraint*” no pueden por sí mismas controlar a los tribunales porque son éstos quienes deciden cuál es el margen de actuación que supuestamente ellas les permiten.

El quinto capítulo de esta investigación trata ya propiamente de la hermenéutica constitucional. Expone la inviabilidad de mantener una metodología tradicional para la interpretación de la ley fundamental, y como adelantamos líneas arriba propone un enfoque analógico para ella. Lo anterior se basa en que dicha corriente de pensamiento admite la apertura a diversas interpretaciones del texto constitucional, lo que es adecuado a su estructura lingüística y a su naturaleza de ordenamiento social fundamental; pero como ella también busca la objetividad en la interpretación, se aviene con la seguridad jurídica que el orden constitucional está llamado a dar a la sociedad. Otro aspecto importante de esta sección es que son expuestos en ella los principios que la dogmática constitucional ha elaborado como pautas de corrección para la interpretación de la ley suprema; contemplamos sólo los generalmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, sin omitir dos tendencias que aún no se consolidan como principios hermenéuticos constitucionales, pero que creemos no tardarán en hacerlo: la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y la comparación jurídica.

A partir del sexto capítulo nos abocamos a referir nuestro anterior estudio al contexto mexicano, aunque dicha sección es más bien un panorama que nos sitúa en la configuración institucional y política de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esta parte estudiamos las características esenciales y las funciones de este tribunal; una buena porción de ella se dedica al análisis de sus competencias de naturaleza materialmente jurisdiccional o de otra índole, y a analizar los límites de su actuación oficial. Finalizamos con un epílogo sobre la situación de la Corte como protagonista de la vida política de nuestro país, que bien puede tenerse como una opinión conclusiva: debe superarse la admiración de que ese tribunal

constitucional influya políticamente, que ya a nadie sorprende, y buscar cuáles son las perspectivas que ese papel abre a la jurisdicción constitucional de nuestro país, las cuales deben orientarse a la tutela del orden liberaldemocrático establecido por nuestra Constitución.

La séptima y última parte de este trabajo ya tiende directamente a la investigación relativa a la hipótesis que sirvió de punto de partida a nuestra labor: si la Suprema Corte de Justicia de la Nación posee una metodología bien estructurada para su interpretación constitucional. El procedimiento que seguimos en el estudio tendiente a culminar nuestra indagación es sencillo: *mutatis mutandi* referimos los conceptos que estudiamos en los capítulos precedentes a la práctica de la Suprema Corte, para analizar bajo su luz las decisiones de nuestro tribunal constitucional. La conclusión general a la que llegamos fue la siguiente: la Corte está apercebida de los principios de la interpretación constitucional y, aunque incipientemente y con algunas dificultades, incluso sigue modernas tendencias en la materia; pero carece de una teoría política bien definida que forme una ideología orientadora que coordine su aplicación, lo que hace arbitrario su empleo y produce inseguridad jurídica en los justiciables. Es preciso hacer notar que referimos incidentalmente a la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Colegiados de Circuito, pues aunque no son intérpretes definitivos de la Constitución, en algunos casos fungen como órganos terminales de control de constitucionalidad.

* * *

Con importantes esfuerzos realizados no sólo por la academia sino también por los justiciables, al igual que en la judicatura por la Suprema Corte y otros tribunales; la interpretación constitucional mexicana apenas abre los ojos a un nuevo horizonte que plantea una visión de ella menos formalista y más prudencial. Pero aún queda mucho camino en la elaboración de bases teóricas firmes para una interpretación constitucional adecuada a la sociedad mexicana actual, no sólo en aspectos técnico-jurídicos sino especialmente en sus fundamentos filosóficos.

El presente trabajo no es más que una imperfecta contribución en el quehacer de la dogmática constitucional de nuestro país; ténganse como excusa para ello nuestras limitaciones. Si algún mérito tienen las próximas líneas es que pretenden servir a lograr una mejor impartición de justicia constitucional a favor de la sociedad democrática mexicana y la protección de sus libertades.

Mérida, Yuc., enero de 2008

CAPÍTULO PRIMERO
PERFILES CONTEMPORÁNEOS DE LA
INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL

I. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. *Relación histórica*

La interpretación es un tema que siempre ha sido central para la ciencia jurídica, desde el momento en que constaron las reglas o costumbres que organizaban la vida social, sobre materiales que aseguraron su pervivencia; reglas que probablemente se refirieron a aspectos tocantes a aspectos elementales de la coexistencia de los integrantes de las primeras organizaciones sociales de la humanidad (alimentación, solución de conflictos, sucesión del poder, etc.), que aplicaban empíricamente quienes tenían autoridad para ello (ancianos o sacerdotes).¹ Las disposiciones así registradas tenían que ser explicadas, dotadas de significado, para que los sujetos a quienes se dirigían tuvieran conciencia de su intención y conocimiento de sus facultades y deberes, y fueran eficaces a su cometido de dirigir la colectividad y la conducta de sus integrantes.² Y exactamente lo mismo, sin variar un ápice, puede decirse en la actualidad.

Bajo una impronta religiosa de las normas jurídicas que hacía concebirlas como producto de la voluntad de la deidad,³ no es extraño que la declaración de su significado, o sea su “interpretación”, se adjudicara a —o la asumieran— los mediadores entre la divinidad y la humanidad (sacerdotes, profetas, etc.), y tampoco que se haya realizado en nombre de aquélla o bajo su protección. Encontramos muchos ejemplos de ello en la historia: Mesopotamia, donde los sacerdotes impartían justicia hasta la llegada de Hammurabi;⁴ Egipto, que contaba con un tribunal faraónico;⁵ el pueblo hebreo, con jueces que actuaban conjuntamente con los sacerdotes;⁶ y la antigua Grecia, que tenía el Areópago creado según la mitología por la diosa Atenea para enjuiciar a Orestes por el parricidio de Agamenón.⁷

El caso histórico de interpretación jurídica religiosa que mayor interés nos reporta, es el de los *pontifices* romanos. Este interés se desarrolla en una doble vertiente: por un lado, su aspecto institucional como práctica seguida en la aplicación del derecho, que resulta un antecedente histórico importante en ordenamientos de corte romanista y, por el otro lado, el

¹ Cfr. Margadant, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 37; y Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 2a. ed., trad. de Vicente Herrero, México, FCE, 2004, pp. 47-52.

² Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 627-628.

³ Ante esta idea es imposible no traer a la memoria la imagen del rey Hammurabi recibiendo solemnemente del dios Shamash las disposiciones de su famoso código, en la representación que corona la estela del Louvre, y la de Moisés descendiendo del Sinaí con el decálogo otorgado por Yahvé. Cfr. André-Salvini, Béatrice, *Le Code de Hammurabi*, París, Museo del Louvre, 2003, pp. 15-16; y *Éxodo* 34, 11-28.

⁴ Cfr. Margadant, *op. cit.*, nota 1, p. 44.

⁵ Cfr. *ibidem*, p. 48.

⁶ Cfr. *ibidem*, p. 51; y *Deuteronomio* 17, 8-13.

⁷ Cfr. Margadant, *op. cit.*, nota 1, p. 67. En el tercer acto de *La Orestíada* Esquilo hizo decir a Atenea: “Voy a tomar una determinación. Para resolver este arduo asunto voy a escoger jueces que juzguen sobre los crímenes de sangre, atados por la santidad del juramento, y este tribunal quedará instituido para siempre”; además de lo anterior, este cuadro contiene diálogos de gran interés jurídico; “Trilogía de Orestes”, *Las siete tragedias*, 25a. ed., trad. de Ángel Ma. Garibay K., México, Porrúa, 2003, p. 184.

valor etimológico que su actividad —la *interpretatio*— tiene como origen común del término “interpretación” en todas las lenguas occidentales.⁸

El colegio de pontífices era un grupo sacerdotal de inconmensurable poder político, porque de él dependía el nombramiento de los monarcas romanos en la época anterior a la República, realizado a través de la “interpretación” del lenguaje de los dioses y comunicada al pueblo en el acto de la *inauguratio*,⁹ que sólo ellos podían efectuar por tener el conocimiento exclusivo de la fórmula necesaria; esta concepción “mágica” se apoyaba en que “los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad a vincular o desvincular a los hombres”.¹⁰ El ritualismo de la concepción romana ocasionaba que la propia actividad religiosa de los *pontifices* estuviera minuciosamente regulada, constituyendo el *jus sacrum* por el cual se disponían diversos aspectos de la práctica religiosa; “[d]e ahí que la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo jurisconsultos y la influencia que fueron los primeros en ejercer sobre el desenvolvimiento del derecho”.¹¹ El conocimiento jurídico pontifical era esotérico, sólo compartido con los magistrados, y contenía secretos procesales como la lista de días *fastos* y las solemnidades para el ejercicio de las acciones procesales; a su través se aplicaban las disposiciones de la Ley de las XII Tablas, declarando los pontífices su sentido para las situaciones concretas que les eran presentadas y obteniendo también nuevas reglas para colmar sus lagunas, de conformidad con los *mores* y la tradición, hasta la divulgación de ese conocimiento por Cnaeus Flavius.¹²

En la antigüedad no se concebía el derecho como otra cosa que la *expresión de la voluntad del poder sobrehumano* para regular la vida de los mortales y, por lo tanto, se entendía que su contenido “no era objeto de decisión, sino de *reconocimiento*”, ya que poseía un significado inherente de carácter inmutable e indisponible, intocable aun para el poder político;¹³ de ahí que fuera necesario acudir a quienes supuestamente tenían el saber o las aptitudes idóneas que misteriosamente llevaban a términos humanos el lenguaje de la deidad, para conocer las prescripciones divinas a la conducta de las personas.¹⁴ En la *interpretatio* pontifical, según el análisis de las derivaciones gramaticales que producen ese término, se vislumbra la idea de

⁸ En alemán existen dos términos parcialmente sinónimos que expresan el concepto de asignación de sentido a un objeto: “*Interpretation*” y “*Auslegung*”; el primero se refiere a la aplicación de significado a cualquier objeto y el segundo sólo a la significación de enunciados lingüísticos. Cfr. Lifante Vidal, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999, p. 28.

⁹ Cfr. Rascón García, César y José María García González, estudio preliminar a *Ley de las XII Tablas*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. XVI.

¹⁰ Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1999, p. 93, citado en Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 135. Al conocer la concepción romana sobre la “magia” de las palabras, no sorprende que su derecho haya creado un sistema procesal tan estricto como el de las *legis actiones*, que actualmente nos parece rigidísimo; cfr. Barrow, R.H., *Los romanos*, 2a. ed., trad. de Margarita Villegas de Robles, FCE, 1999, pp. 16-17.

¹¹ Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, 8a. ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1991, p. 43.

¹² Cfr. *ibidem*, pp. 42-43; Tamayo y Salmorán, *loc. cit.*, nota 10; Rascón García y García González, *op. cit.*, nota 9, p. XXI; y Barrow, *op. cit.*, nota 10, pp. 18-19.

¹³ Cfr. Grimm, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 13-14 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 10, p. 136.

“intermediación”,¹⁵ de modo que puede tenerse al intérprete como un “intermediario” entre el autor del objeto a cuyo mensaje se pretende dar sentido y los sujetos a quienes éste se dirige, o sea (en la antigüedad) entre la deidad y los seres humanos; tal idea, a nuestro parecer, fue esencial en la formación del paradigma interpretativo que seguiría la tradición jurídica inspirada en el derecho romano antiguo, propagada a lo largo y ancho de Europa continental y especialmente, por lo que respecta a nuestro interés, en la península ibérica.

2. *La necesidad interpretativa del derecho*

A. *Interpretación y aplicación jurídicas*

El derecho es un conjunto de normas que regulan la vida de un grupo social a través de la determinación de la conducta de los sujetos que lo conforman, para hacer posible la convivencia de todos ellos, e impuesto para esa colectividad por sus instancias de autoridad, o por acuerdo general de sus integrantes si a ninguno de ellos se han discernido potestades imperativas soberanas.¹⁶ Es preciso aclarar que, para la sencillez de nuestro estudio, nos referiremos al “derecho” correspondiente a un *orden de poder* —según la terminología de Heller—, no a uno de carácter contractual como a nuestro parecer sería el derecho internacional —que aunque puede contar con ciertos elementos de poder, ello merece tratarse en otra oportunidad—.

Varias observaciones resultan del análisis detenido del fenómeno jurídico: primeramente, el establecimiento del derecho lleva a un acto de *comunicación*, a la transmisión de un mensaje del autor a los integrantes de la colectividad a que se dirige; en segundo término, observamos la *diferencia ontológica* entre el autor del mensaje y sus destinatarios, es decir que son entes substancialmente diferentes que no comparten una misma consciencia; por último, dicha comunicación tiene una teleología trascendental a su autor e incluso a sus destinatarios, al tener por objetivo influir sobre el comportamiento de éstos y dirigir de ese modo la sociedad. Estos hechos son indispensables para explicar la necesidad de la interpretación jurídica y su naturaleza.

La efectiva comunicación entre dos sujetos sólo se logra cuando el receptor adquiere conocimiento del mensaje del emisor, y ello únicamente puede realizarse a través de un código simbólico de cuyos elementos ambos conozcan el significado y que por lo mismo formen una “comunidad semiótica”,¹⁷ como actividad humana, la comunicación efectiva del derecho no puede sino llevarse a cabo a través de un *código lingüístico*, “el artificio semiótico más potente

¹⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 133-134; Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Jaime Restrepo, Bogotá, Temis, 1991, p. 99; y Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996, voces: “interprēs, ētis”, “interpretātio, ōnis” e “interpretōr, ātus sum, āri”.

¹⁶ Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2000, p. 47; Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, pp. 178-180; Bodenheimer, *op. cit.*, nota 1, pp. 28-30; Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., trad. de Mario de la Cueva, México, FCE-UNAM, 1995, pp. 113-114; y Ortega y Gasset, José, *La rebelión de las masas*, 35a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 128.

¹⁷ Cfr. Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, FCE, 2004, p. 7; Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, voces: “comunicación” y “comunicar”. “...el dar a conocer a los sujetos de la norma su carácter, contenido y condiciones de aplicación, es un eslabón esencial en (o parte de) el proceso a través del cual esta norma se origina o cobra existencia (ser)...”, Georg Henrik von Wright, citado en Pérez Luño, Antonio-Enrique, *et al.*, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 176.

que el hombre conoce”.¹⁸ La interpretación es, por tanto, la acción y el efecto¹⁹ de otorgar significado total a un conjunto de símbolos lingüísticos para conocer el mensaje del emisor de una comunicación, que cuando se refiere a objetos integrantes el derecho se califica de “jurídica”²⁰ y, como todas las de su género, es un auténtico acto de traducción²¹ del sentido de su objeto a un nuevo registro lingüístico para lograr su funcionalidad dentro de cierto contexto.²²

Como mencionamos, el derecho es un conjunto normativo que imperativamente regula la vida de los integrantes de un grupo social con el objeto de organizar su vida en común, y en vista de esta causa final se hace indispensable y justifica la interpretación en el ámbito jurídico: la comunicación eficaz del mensaje jurídico a través de su “traducción” por medio de la interpretación, es absolutamente indispensable para que la esencia del derecho, que es nada menos que el contenido de ese mensaje, se actualice y realice sus fines de encauzar la conducta de sujetos ajenos a su autor.²³

Que el derecho lo establezca la autoridad social y que por este motivo deba obedecerse, también apremia a los sujetos a los se dirige a dar significado al mensaje de esa autoridad para adecuar su conducta a los imperativos que lo integran: si el derecho debe ser cumplido, tiene que saberse cuál es su significado para actuar en consecuencia.²⁴ La finalidad del derecho es dirigir la vida social, actuar en ella para ordenarla ya sea impidiendo la transformación de situaciones actuales o modificando aquellas que dificulten la convivencia de sus integrantes; “[l]as normas jurídicas no son, no pueden pretender ser, no pueden ser, proposiciones con intención científica, de las cuales quepa predicar los calificativos de verdaderas o falsas. Las normas jurídicas son actos de voluntad, y son *instrumentos creados para la acción...*”²⁵

Entonces, con el objeto de que los integrantes de la sociedad sepan cuáles son los mandamientos que la autoridad les impone, su expresión debe ser interpretada sea por ellos mismos, las personas que tengan el conocimiento para ello o las instancias autorizadas para dirimir conflictos sobre la determinación su alcance; a fin de que puedan adecuar su conducta a tales disposiciones, en lo que al final de cuentas consiste la *aplicación jurídica*: la conformación de una realidad a las disposiciones normativas del derecho a ella referidas.²⁶ Para realizar esta aplicación del sentido normativo del derecho, que las más de las veces se formula en términos generales y abstractos —mandamientos de carácter materialmente

¹⁸ Cfr. Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. de Carlos Manzano, México, Debolsillo, 2006, pp. 24-25 y 260-264. Véase Real Academia Española, *op. cit.*, nota 17, voces: “lengua” y “lenguaje”.

¹⁹ Cfr. Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, pp. 30 y ss.

²⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 2-3.

²¹ En el más original sentido de esta palabra derivada del verbo latino *trāducēre* que significa: conducir al otro lado de, hacer pasar, pasar, trasladar, llevar y también exponer públicamente algo; Pimentel Álvarez, *op. cit.*, nota 15.

²² Cfr. Iser, Wolfgang, *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, FCE, 2005, pp. 28, 224 y 302; y Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2002, p. 12.

²³ Cfr. Capella, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 27-28 y 249-250.

²⁴ Cfr. Raz, Joseph, “¿Por qué interpretar?”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 40 y 55; y Malem Seña, Jorge F., “El lenguaje de las sentencias”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, núm. 7, enero-junio de 2006, p. 48.

²⁵ Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, p. 628 (cursivas añadidas).

²⁶ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 318-319.

legislativo— pero también en forma particular —sentencias, multas, etc.—, es necesario desentrañar el significado del mensaje jurídico de la comunicación jurídica que se trate, para determinar cuáles son las acciones que permite o prohíbe a sus receptores.²⁷

B. In claris non fit interpretatio (?)²⁸

La máxima “*in claris non fit interpretatio*”²⁹ formula un mandamiento prohibitivo de la interpretación de un documento jurídico, que doctrinalmente se ha bautizado como “interpretación negativa” y tiene su origen en los postulados de la Ilustración.³⁰ Es preciso tener en cuenta que, primigeniamente y según la acepción que se le daba en los siglos XVI y XVIII, el término *interpretatio* aludía “al producto de la actividad de comentar por parte de los doctores y de la autoridad de decisión de los tribunales”, lo que derivó de su acepción platónica como “impresión opuesta a otra sobre el significado de un objeto”; de modo que el sentido original de esta máxima establecía en realidad una jerarquía entre diversas fuentes del derecho, privilegiando la aplicación de lo dispuesto por la ley conforme a su redacción.³¹

El sentido que a partir de la revolución francesa hasta la actualidad se dio a dicha expresión, la convirtió en una “directiva metodológica”³² que dispone la prohibición de “interpretar” un texto jurídico cuando los términos empleados en él carecen de ambigüedad, a fin de que el sujeto que reciba su mensaje no “altere” el significado que originalmente le dio su autor; o sea, de acuerdo con ella, estando libre de equívocos dicho mensaje y habiéndose transmitido diáfananamente su significado, el sujeto que lo recibe no debe buscarle explicaciones adicionales ni imponerle otros sentidos ajenos al rigurosamente semántico. Se presume entonces que los símbolos utilizados para expresar el significado del documento jurídico de que se trate, transmiten su sentido eficazmente y su receptor no tiene por qué acudir a otros elementos para conocerlo. Como veremos más adelante, la concepción actual de la máxima que comentamos se funda en las bases ideológicas de la revolución francesa.

²⁷ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, pp. 627-628; Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 9; y Márquez Piñero, Rafael, “La interpretación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. XLV, núms. 201-202, mayo-agosto de 1995, p. 141.

²⁸ Con alguna sorpresa observamos que nuestra denominación al epígrafe correspondiente a este tema coincidió en usar signos de interrogación con la de Manuel Hallivis Pelayo (*Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007, p. 49). Tal forma de expresión y nuestra sintonía con el indicado autor respectivamente aparentan ser un mero giro literario y una casualidad, pero en conjunto son realmente sintomáticas: los signos empleados intentan poner en entredicho la viabilidad de la máxima a que se aplican, y que ambos sin previo acuerdo hubiéramos pretendido cuestionarla y aun detraerla, revela una común concepción contemporánea de la interpretación —al menos en postulados elementales—, de la que abrevamos básicamente de las mismas fuentes (Guastini, Frosini, Lifante Vidal y otros), no sólo apartada en aspectos básicos de una “teoría tradicional” —cuyo imperio ya es discutible— sino contestataria a ella.

²⁹ “Con las cosas claras no se haga interpretación”. Esta expresión es la más difundida, pero también corresponden a su significado las siguientes: “*interpretatio cessat in claris* (la interpretación termina en las cosas claras)”, “*in claris non est interpretandum* (con las cosas claras no debe hacerse interpretación)” y “*clara non sunt interpretanda* (las cosas claras no deben interpretarse)”.

³⁰ Cfr. Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 2.

³¹ Cfr. Modugno, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Liliana Rivero Rufino, Querétaro, FUNDAP, 2004, p. 22; y Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, FCE, 2004, voz: “interpretación”.

³² Cfr. *idem*. Asimismo se sostiene que dicha máxima había sido un principio hermenéutico observado *hasta la Ilustración*; nos parece que, su aplicación jurídica posterior a la revolución francesa es sólo un resabio, una inactualización filosófica del derecho —que obviamente es influido por la filosofía—; cfr. Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2003, p. 14.

Explicamos bajo el epígrafe anterior que la interpretación es una actividad indispensable a la aplicación del derecho y su eficacia; de ahí que sea materialmente imposible aplicar en forma literal la máxima *in claris non fit interpretatio*. Aun la supuesta “claridad” con que fueren calificados los términos del mensaje que se intenta descifrar, deriva de una acción positiva de su receptor por la cual establece primeramente su significado y luego determina que dicha comunicación es tan prístina e inmediata que dicho texto resulta “claro”; ello plantea una petición de principio consistente en que, para determinar si el texto en cuestión debe o no ser interpretado, antes es necesario desentrañar su significado —o sea interpretarlo—. ³³

No es extraño que este “principio” lleve a dificultades mayores de las que pretende evitar, al depender su eficacia precisamente de la realización de la acción que prohíbe: la interpretación. Un ejemplo llamativo es el caso de las *Regulae* franciscanas; el santo de Asís dictó en 1221 y 1223 las reglas que normarían a los integrantes de la orden monástica que fundó; en ellas incluyó cláusulas interpretativas que ordenaron a sus discípulos que a dichas reglas “nadie quite o añada palabra alguna” y que “no añadan comentarios a la Regla y a estas palabras [de su testamento] diciendo: Así se deben entender”; la interpretación negativa que mandó el santo italiano levantó ardientes polémicas después de su muerte, especialmente en lo que respecta a la pobreza que disponía por la prohibición de hacer uso del dinero, cuyos inconvenientes en la práctica son fáciles de imaginar. ³⁴

El entendimiento de la locución *in claris non fit interpretatio* no debe —ni puede— conducir a la proscripción absoluta de la actividad interpretativa en la vida jurídica —lo que en palabras de Recaséns sería una “descomunal estupidez”—, sino en el mejor de los casos considerarlo un postulado interpretativo que conduce sólo a que se busque la máxima objetividad al interpretar los elementos jurídicos, aunque con ello su aplicación aún no exente dificultades. ³⁵ Se intentaría salvar la aplicación de esta máxima pensando que la interpretación a que se refiere es la de tipo *sensu stricto*, según la clasificación de Jerzy Wróblewski; de acuerdo con este jurista polaco, existen tres especies de interpretación: *a) sensu largissimo*, que se refiere a la obtención del significado de cualquier objeto cultural; *b) sensu largo*, en la que consiste la interpretación de signos lingüísticos; y *c) sensu stricto*, que sólo se realizaría cuando hubieren dudas sobre el significado del objeto lingüístico interpretado. ³⁶

Si bien la máxima *in claris non fit interpretatio* aludiría a la posible distinción de la tercera de las categorías mencionadas, no notamos una diferencia esencial entre ella y la segunda. En nuestra opinión ambas solamente identifican diversos niveles de dificultad en la lectura de un determinado mensaje lingüístico —abruptamente separados, si se quiere—, pero en los cuales nada cambia la esencia de la actividad interpretativa: una operación por la cual se dota de significado a un objeto; los casos en que sea fácilmente realizable esta acción y aquellos en los que no, diferirán entre sí acaso en el número y calidad de recursos argumentativos que sostendrían su resultado. ³⁷

³³ Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 7; y Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 2.

³⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 1-2; y Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 88-91.

³⁵ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, p. 627.

³⁶ *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, pp. 21-24. Véase también Ferraris, *op. cit.*, nota 32, pp. 23-27.

³⁷ Aun en el ámbito filosófico y desde Platón se tiene la “interpretación” como una función meramente subsidiaria para el caso de polisemia; pero su carácter básico y variable complejidad parecen adquirir una aceptación generalizada, lo que la hace consistir en “remontar de un signo a su significado” y “designar la comprensión de discursos”, lo que puede acontecer indistintamente con objetos cuyo significado es “claro” u

II. EPISTEMOLOGÍA, HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. *Conocimiento e interpretación jurídica*

La interpretación jurídica es la acción —y este término designa también su resultado— por la cual se establece el significado de las disposiciones de derecho que regulan cierto hecho y el cual determina los deberes, prohibiciones o permisiones que el orden jurídico instituye para los sujetos relacionados con él. Interpretar el derecho lleva a formular las normas que componen el orden jurídico y se dirigen a la conducta humana, lo cual en alguna medida implica —aunque no le corresponde plenamente— un acto de *conocimiento*³⁸ en sentido amplio a su respecto.

La afirmación de que la interpretación del derecho es un fenómeno gnoseológico se apoya en la necesaria relación que en ella se da entre el objeto interpretado y el sujeto intérprete.³⁹ Establecer el sentido normativo de una disposición jurídica objeto de interpretación equivale a que el sujeto aprehenda la esencia de su significado con independencia de que éste se considere determinado por los caracteres del objeto o una elaboración propia de él, lo que corresponde dilucidar a la postura epistemológica que se adopte.⁴⁰ Si la interpretación jurídica fuera una acción que pudiera hacer el sujeto de la misma sin vínculo a un objeto, nos encontraríamos en realidad ante una *invención*, una creación *ex nihilo* de un ente absolutamente original y no se trataría de una reformulación del objeto del binomio interpretativo, porque él simple y sencillamente estaría ausente.⁴¹ La interpretación jurídica sólo podrá tener lugar cuando un determinado sujeto realice —o pretenda hacerlo— una acción tendiente a representarse el significado de un objeto que se tiene como fuente de derecho; si dicha interpretación o significación es “correcta” o “incorrecta” dependerá de otros factores.

A lo largo de la historia de la filosofía se han abordado las cuestiones relativas al conocimiento desde muy variados puntos de vista, y a su respecto se han planteado diversos problemas que pueden aplicarse a la interpretación jurídica como una de sus especies: *a)* la posibilidad del conocimiento; *b)* su origen; *c)* su esencia; *d)* las formas o especies del mismo; y *e)* el criterio para calificar su verdad.⁴² Con relación a la interpretación jurídica expondremos la solución que han dado a los problemas relativos a su esencia, posibilidad y criterio de verdad, dos teorías con presupuestos ontológicos y epistemológicos encontrados: el objetivismo o univocismo y el subjetivismo o equivocismo.⁴³

“oscuro”. Véanse Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Itaca, 2005, pp. 17, 34 y 115; y Abbagnano, *loc. cit.*, nota 31.

³⁸ Utilizamos el concepto “conocimiento” con neutralidad, sin sugerir por el momento la adopción de alguna postura a su respecto, de manera general e “intercambiable” según el punto de vista epistemológico que se tenga. Cfr. Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, CEPC, 1999, p. 163.

³⁹ “‘Interpretar’ suele significar —para nosotros, hoy— entender el sentido y no sólo expresarlo”, Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 17.

⁴⁰ Cfr. Hessen, Juan, *Teoría del conocimiento*, 16a. ed., trad. de José Gaos, Madrid, Espasa Calpe, 1981, pp. 26-28.

⁴¹ Cfr. Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, pp. 167-168.

⁴² Hessen, *op. cit.*, nota 40, pp. 31-33.

⁴³ Cfr. Troper, Michel, “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, p. 38.

2. Elementos de la interpretación jurídica

A. Objeto

El “derecho” es el *objeto material* de la interpretación jurídica, y como tal es indispensable su definición previa a la realización de cualquier actividad interpretativa. Esta precisión es de suma importancia ya que se han dado divergencias sobre este objeto:⁴⁴ para unos es el sentido de la *voluntad del autor del derecho (histórico o actual)*, otros sostienen que el de las *disposiciones jurídicas* conforme su formulación literal y algunos aun intentan una *posición mixta* como la llamada “teoría de la indicación (*Andeutungstheorie*)” según la cual en la interpretación debe “atenderse la voluntad del legislador conforme ha encontrado expresión en el texto legal”; cabiendo así también puntos de vista “subjetivistas” u “objetivistas” en relación con la materia de la interpretación jurídica.

Podría decirse que es obvia la solución al problema de identificar los textos que serán objeto de la interpretación jurídica, y sostener que tal es el “texto” literal en que se formulan todos esos elementos, pero como no siempre se ha pensado así y porque “en la interpretación jurídica se pone en juego la estructura y validez de las diferentes *fuentes del derecho*, como asimismo a todo el ordenamiento jurídico”,⁴⁵ esta cuestión nos obliga a definir dichas fuentes.⁴⁶ Éstas son “todos los hechos y actos que, de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica [...], crean o pueden crear relaciones jurídicas” y, de entre los diversos objetos que refiere la expresión, en nuestra opinión rigurosamente sólo debe entrar en el concepto relativo la “*específica manifestación del poder de creación normativa*”: el solo “poder normativo” no puede por su mero estado latente constituir algún vínculo jurídico y las especies de una “tipología normativa” que requieren un determinado contenido (ley u otras en abstracto), no son más que construcciones dogmáticas sin trascendencia inmediata a la realidad.⁴⁷

Nos colocamos entonces en la postura que la doctrina norteamericana denominó “textualismo” y la cual lleva a tener como “fuente del derecho” sólo las manifestaciones de la voluntad de los sujetos con autoridad para imponerlo, que se hayan producido conforme a las reglas —especialmente formales— de creación jurídica. En esencia, el “*textualismo*” sostiene que “[u]n texto [jurídico] no debe interpretarse estricta ni indulgentemente, sino de manera razonable para que contenga todo lo que justamente significa”; aunque ello no elimina la gran mayoría de los problemas de la interpretación, sí el fundamental que ahora tratamos: tener como texto —en un sentido hermenéutico estricto— al acto jurídico, o sea a su letra, y no la voluntad de sus autores desligada de él. Esto puede parecer demasiado formalista y *efectivamente lo es, pero sólo en una medida indispensable*; sin la objetivación que dicha

⁴⁴ Cfr. Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia, Carl Heymann, 2001, pp. 37-38.

⁴⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 14 (cursivas añadidas).

⁴⁶ *Supra*, notas 45 y 44.

⁴⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 26-28. Es importante entonces la determinación y significación de la llamada “regla —o mejor dicho: reglas— de reconocimiento”, que puede(n) ser de muy variada índole e incluir criterios relacionados con la concepción sistemática y lógica del ordenamiento jurídico, o de carácter moral; cfr. Atienza, Manuel, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”, en Andrés Ibáñez, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: Del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 136; y Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, “La regla de reconocimiento”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 111-133.

postura da a los elementos jurídicos haciéndolos *precisos y estables*,⁴⁸ la seguridad que el ordenamiento está llamado a dar sencillamente se diluiría en el relativismo o la lenidad de sus operadores, y quizá este “formalismo” sea la última posibilidad de fijar el derecho antes de abandonarlo a la subjetividad de sus operadores.⁴⁹ Así, las fuentes jurídicas no pueden ser más que las manifestaciones formales y concretas del poder normativo —ley, reglamento, jurisprudencia, contrato, etc.— y ellas serían precisamente el objeto de la interpretación porque

con la promulgación de una ley [...] *viene a faltar un emisor de carne y hueso*. [...] la formación del derecho autoritativo es fruto de un procedimiento artificial culminante en el *acto* de emanación de una *fórmula solemne e inmutable* (o mejor: mutable sólo en los modos taxativamente previstos). [...] el momento decisivo en el cual las prescripciones jurídicas se apartan de la persona y las circunstancias históricas de su creación, adquiriendo una vida propia, representa el pasaje de la oralidad a la *escritura*.⁵⁰

Como consecuencia de lo anterior, que las fuentes jurídicas son los actos de manifestación formal del poder de creación jurídica, y por lo tanto el objeto de interpretación en este campo, es obligado reputarlas con carácter *canónico*: los textos jurídicos expresan el “[c]riterio o regla de elección para un campo cualquier de conocimiento o de acción” y, conforme a Leibniz, serían “fórmulas generales que dan lo que se demanda” (en un lenguaje más sencillo un “[m]odelo de características perfectas”).⁵¹ El texto jurídico canónico es en pocas palabras “el verbo perfecto del derecho”.⁵²

La canonización —“sacralización”, pero no necesariamente en sentido fuerte— del texto, aparte de sus formalidades, consiste en un proceso de elección de textos que se convertirán en objeto de interpretación para estabilizar su autoridad; esto hace notar la íntima relación entre interpretación y creación jurídicas: también el autor del derecho requiere “interpretar” su voluntad posiblemente abstracta o indeterminada y formularla en enunciados (generalmente) lingüísticos más o menos precisos, cuyos destinatarios sean capaces de entender.⁵³ Otra importante característica del texto jurídico, inferible de su naturaleza canónica y que diríamos comparte con el religioso que también puede ser normativo, es que su autor eligió los

⁴⁸ Cfr. Gény, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, p. 204.

⁴⁹ Véase Scalia, Antonin, “Common-law courts in a civil-law system. The role of United States federal courts in interpreting the Constitution and laws”, en Gutmann, Amy [ed.], *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998, pp. 23-25.

⁵⁰ Luzzati, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 564-565 (cursivas en el original). “Lo que caracteriza a la ley escrita es que representa [...] la voluntad de un órgano social determinado, vaciado en una fórmula verbal que fija los límites y señala el contenido para imponerlo a todos” y “la fuerza obligatoria de la ley no corresponde más que a la fórmula expresiva auténticamente de la voluntad jurídica de la autoridad legislativa”, Gény, *op. cit.*, nota 48, pp. 185 (referencia a nota a pie suprimida) y 194; véanse también las pp. 205-213.

⁵¹ Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “canon”; y Real Academia Española, *op. cit.*, nota 17, voz: “canon”.

⁵² Bluntschli, *Le droit public général*, trad. de Riedmatten, 1881, p. 6, citado en Gény, *op. cit.*, nota 48, p. 186.

⁵³ Véase Frosini, *op. cit.*, nota 15, pp. 17 y ss. Esto acerca un poco a la interpretación del filólogo que edita, traduce, anota y/o comenta un texto clásico; primeramente, tiene que establecer un texto “auténtico” entre múltiples versiones y secciones que aparentemente pertenecen a una misma obra, lo que requiere dar sentido a dichas porciones textuales y ubicarlas en un *contexto de autoría* determinado; dicha versión “auténtica” posteriormente formará sus propias impresiones o las de otros sujetos, que no son más que ulteriores actos de significación; cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 147-155.

integrantes de su estructura —sea unitaria o parcelada— para convertirlos en la definitiva y única —hasta un nuevo acto— expresión de su autoridad y voluntad.⁵⁴ Dada su canonización, el texto adquiere la autoridad de su creador para que su sentido se aplique mediante una referencia real, transmitiéndose luego al intérprete oficial para que lo aplique “traduciéndolo” y declarando su significado “verdadero”.^{55 y 56}

Las cualidades de los textos jurídicos canónicos poseen una relevancia mayúscula en la contemporánea teoría general de la interpretación jurídica, que Iser refiriéndose a las leyes mosaicas expone claramente:

Esta distinción [entre cánones sellado y abierto] permite ver las consecuencias del canon sellado: a) si por sí sola tiene carácter de autoridad, toda profecía subsecuente va a carecer de autoridad; b) en lo sucesivo, el texto proporcionará soluciones para todas las preguntas posibles. No obstante, esta autoridad implica que el texto va a cobrar nuevas dimensiones que no existían cuando se selló.⁵⁷

Con la sacralizante clausura del texto legal, ya no tendrán más autoridad sobre su sentido quienes lo escribieron sino sus *intérpretes* —en tanto, como se dijo, no realicen formalmente otro acto de creación—; se da entonces una “relación de doble sentido entre el canon y la interpretación” y aquél, aunque fíncado en la “invariabilidad de las palabras” que constituirá el

⁵⁴ *Supra*, nota 55.

⁵⁵ *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 22, p. 43.

⁵⁶ El ejemplo de canonización textual más claro y cercano a nosotros, aparte del jurídico, es la selección de libros integrantes de la Biblia romana. Como se sabe, la edición de la *Vulgata* por san Jerónimo en el siglo V tuvo por objeto acercarla al pueblo y hacerla de fácil comprensión,virtiéndola en el latín vulgar; pero durante el medievo sus copistas produjeron múltiples documentos diferentes, de modo que hubo de rehacerse la labor jeronimiana. La *Vulgatae Clementina* que sancionó el Concilio de Trento —palmario esfuerzo contra el protestantismo—, fue la versión “oficial” católica hasta la promulgación de la *Nova Vulgata* en 1979 que constituyó una perfección lingüística y filológica de los textos bíblicos. El concilio tridentino dijo que “...todos los libros de los Testamentos tanto Antiguo como Nuevo, cuando de cualquiera de ellos el único Dios (*unus Deus*) sea el autor [...] a los cuales por igual apuntalan y veneran la disposición pía y la reverencia.- [...] Y estos mismos libros íntegros con todas sus partes, en la medida con que dentro de la Iglesia Católica se acostumbrarán como ley y se tengan en las viejas ediciones latinas divulgadas (*veteri vulgata latina*); si alguien no los tuviera por sagrados y canónicos, y desdeñase a sabiendas y deliberadamente (*sciens et prudens*) las antedichas tradiciones, sea excomulgado” (*Decretum de canonicis scripturis*); el mismo concilio también ordenó que “...[quien] apoyado sobre su conocimiento, en las cosas importantes a la edificación de la doctrina Cristiana relativas a la fe y las costumbres, a su parecer (*ad suos sensus*) tuerza la Sagrada Escritura contra su sentido, el cual mantuvo y mantiene la santa madre Iglesia a quien corresponde juzgar el verdadero sentido e interpretación de las Santas Escrituras; y también quien se atreva a interpretar contra el unánime consenso de los Padres la misma Sagrada Escritura [...] sean castigados con la pena estatuida por el derecho” (*Decretum de editione et usu sacrorum librorum*). Al promulgar la *Nova Vulgata*, Juan Pablo II expresó: “El texto surgido de este reconocimiento [...] también de esta manera podrá ser referencia para las versiones divulgativas (*vulgares*) que son destinadas a los usos litúrgico y pastoral...” (*Constitutio qua N.V.B.S.E. ‘typica’ declaratur et promulgatur*). Estas citas documentales se obtuvieron de *Nova Vulgata Bibliorum Sacrorum editio*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1986, pp. VII y 2309-2312.

⁵⁷ *Op. cit.*, nota 22, p. 44 (cursivas en el original). Este autor se refiere a la “interpretación” realizada por quienes “promovieron o extrapolaron leyes a partir de la Ley de Moisés” quien fue el único que “promulgó sus profecías en forma de ley”, de ahí la necesidad de aclarar un poco el traslado de este pasaje a nuestro ámbito. No es extraño que se relacione la “ley divina” con la “humana” (*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia* [Ulpiano]) y establezca algún paralelismo entre ellas, sobre todo con ánimo apologetico a favor de la última; véase Montemayor Aceves, Martha Elena, “Introducción”, en *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, México, UNAM, Institutos de Investigaciones Filológicas y Jurídicas, Bibliotheca Iuridica Latina Mexicana, 1994, pp. XXI-XXII.

dato objetivo de la interpretación, significará lo que su intérprete le atribuya. El autor (la deidad, el príncipe o el “legislador” en general) transmite su autoridad al texto que una vez “sellado” —en lenguaje jurídico: formalizado mediante decreto promulgatorio— adquiere existencia y autoridad independientes de su creador, “evolucionando por sí mism[o] y subordinad[o] esencialmente al medio social cuyos movimientos ha de seguir”.⁵⁸

El *aspecto formal* del objeto de la interpretación jurídica son los símbolos empleados por el creador del derecho para comunicarlo, y éste es el objeto primario de la interpretación jurídica. Siendo el derecho un objeto cultural, necesariamente realizado en virtud de y para la colectividad humana, su expresión y transmisión se da a través de una *lengua*, un código sistematizado de comunicación compartido por los integrantes de una sociedad,⁵⁹ si no fuera el derecho formulado por medio de una lengua comprensible a todos o traducidas o interpretadas las expresiones jurídicas —en el sentido de la actividad de los *pontífices* romanos—, sus disposiciones no serían efectivamente comunicadas a sus destinatarios y carecerían absolutamente de significación para ellos, con su consiguiente ineficacia para conducir la vida social.⁶⁰ Y sobre tales fórmulas lingüísticas la interpretación debe realizar su labor para establecer el significado del “lenguaje normativo” y conocer el mensaje del autor del derecho reconstruyéndolo referencialmente.⁶¹

Además el derecho aspira a establecer un orden (algo) permanente, no transitorio, de la vida social;⁶² lo que explicaría tanto su manifestación mediante signos trascendentes a los individuos que los crearon, como su apariencia de pertenecer a una época antigua y venerable, haberse creado en un momento solemnísimos y gozar por ello de relativa inamovilidad.⁶³ El único medio por el cual el derecho ha podido realizar sus intenciones de comunicabilidad y pervivencia es la lengua.⁶⁴ las ordenanzas de Hammurabi se expresaron —y así pudieron llegarnos— por representaciones cuneiformes en lengua acadia y dialecto babilónico,⁶⁵ las de Justiniano en el sempiterno latín y las normas que rigen actualmente nuestras sociedades en las lenguas modernas de uso más extendido —como la francesa e inglesa empleadas oficialmente en sedes internacionales—.

El derecho se expresa a través de un conjunto de enunciados prescriptivos, o sea proposiciones lingüísticas que imponen denotativa o connotativamente la realización de una conducta, es decir significándola ya de manera inmediata o explícita, ya mediata o implícita.⁶⁶

⁵⁸ Gény, *op. cit.*, nota 48, p. 200.

⁵⁹ *Cfr. supra*, nota 18.

⁶⁰ *Cfr. Raz, loc. cit.*, nota 24; Frosini, *op. cit.*, nota 34, pp. 35-38; y Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología jurídica*, México, SCJN, 2003, p. 95.

⁶¹ *Cfr. Frosini, op. cit.*, nota 15, p. 7; y Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, p. 34.

⁶² *Cfr. Raz, op. cit.*, nota 24, p. 49.

⁶³ *Cfr. Márquez Piñero, op. cit.*, nota 27, p. 140. “Comparado con la lengua hablada en ese siglo [VI], el latín de san Benito es muchísimo más artificial que el lenguaje jurídico de hoy en comparación con el español común y corriente. Un reglamento persigue —o finge perseguir— la claridad, pero también la permanencia; por eso evita el terreno movedizo y fluctuante del lenguaje hablado y se refugia —o pretende refugiarse— en una sintaxis y hasta [en] un vocabulario más ‘hechos’, más ‘consagrados’, o sea más tiesos y académicos. (Por ejemplo, en los textos jurídicos de hoy persiste ese futuro de subjuntivo, ‘el que *impidiere* u *obstaculizare*...’, que nadie en su sano juicio emplearía al hablar. Y aunque desde hace siglos todo el mundo dice *hoja*, sin pronunciar la *h*-, en el petrificado lenguaje notarial [y forense] persiste el arcaísmo *foja*.)”, Alatorre, Antonio, *Los 1001 años de la lengua española*, 3a. ed., México, FCE, 2002, p. 75 (cursivas en el original); sobre los arcaísmos y solemnidades en el lenguaje jurídico —especialmente judicial—, véase Malem Seña, *op. cit.*, nota 24, pp. 51-56.

⁶⁴ *Cfr. Cáceres Nieto, Enrique, Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, 2a. ed., México, Cámara de Diputados-UNAM, 2002, p. 11.

⁶⁵ André-Salvini, *op. cit.*, nota 3, p. 28.

⁶⁶ *Cfr. Eco, op. cit.*, nota 18, pp. 93-95; y Cáceres Nieto, *op. cit.*, nota 64, p. 13.

A partir de ahora es necesario distinguir ya con precisión entre los conceptos que Gottlob Frege aportó: sentido (*Sinn*) y referencia o significado (*Bedeutung*) de los signos, anejos respectivamente a la denotación y connotación; el primero alude a la intensión de las entidades semióticas, a “la *intención* del que lo usa” y es así “el significado primero de ‘significado’” — usando las palabras de Abbagnano—, en cambio lo segundo designa a los objetos “reales” a los que puede aplicarse el sentido, es decir su “extensión”.⁶⁷

En la doctrina moderna —y esto es importante para considerar oportunamente las sutilezas de los tecnicismos— se entiende por “*disposición*” el enunciado lingüístico que expresa formalmente un mandamiento de derecho y el cual constituye el objeto de la interpretación porque ella opera sobre él; y por “*norma*” el contenido material o significado(s) prescriptivo(s) de dicha expresión, supuestamente abrigado por el texto interpretado; de modo que ambos términos no son sinónimos. La relación entre ambos conceptos se expresa muy claramente diciendo que la interpretación da por resultado un enunciado interpretativo que dice “T significa S”,⁶⁸ el cual se explica así: de la disposición T(exto) el intérprete obtiene un significado S en el que se hace consistir el mensaje normativo de la autoridad jurídica, y que consiste en una norma que indica derechos, obligaciones o permisiones a los sujetos cuya conducta pretende dirigir y que el operador jurídico aplicará en las tareas a su cargo.⁶⁹ Distinguir entre “disposición” y “norma” es básico en la actual teoría del derecho; por esta precisión, sencillamente, se echa por la borda el cuasimítico postulado de un único significado inmanente y “preconstituido” de los textos jurídicos.⁷⁰

Resumiendo: el objeto de la interpretación son las “disposiciones” (o “estipulaciones” si se tratare de un acto convencional) de los actos que formalmente se realizan para establecer el derecho; dicha actividad da por resultado las “normas” que jurídicamente regirán a los sujetos para los cuales se destinan. Como vemos, diversos elementos jurídicos son susceptibles de interpretación; pero a fin de acotar nuestro objeto de estudio —y dirigirnos al objeto último de este trabajo—, nos referiremos solamente a la interpretación de leyes *lato sensu*.

B. Sujeto

Según el grado de concreción que requiere la aplicación del derecho y su finalidad, encontramos diversos tipos de interpretación jurídica, correspondientes a los operadores que la realizan. Dichas clases de interpretación a grandes rasgos son las siguientes: *a)* legislativa, en la cual el órgano encargado de crear normas de carácter general, interpreta el derecho aplicable a su actividad, desarrollándolo y concretizándolo —aun sin quitarle del todo su abstracción—, y el cual puede ser la Constitución o los tratados internacionales que sean relevantes a ella, o bien interpreta su propia obra; *b)* jurisdiccional, realizada por un órgano de esa naturaleza para dirimir definitivamente los conflictos de intereses que se den en la sociedad, aplicando para resolverlos las disposiciones jurídicas y señalar los derechos y obligaciones de sus partes; y *c)* doctrinal, realizada como actividad con fines meramente científicos, para la sistematización y

⁶⁷ Véanse Beuchot, *op. cit.*, nota 17, p. 144; Eco, *op. cit.*, nota 18, pp. 100-104; y Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voces: “intensión y extensión” (aunque cruzando los sentidos que Eco da a los términos *Sinn* [denotación] y *Bedeutung* [connotación]); y Real Academia Española, *op. cit.*, nota 17, voces: “denotar” y “connotar”.

⁶⁸ Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 11. Véase también la distinción entre norma jurídica como “enunciado prescriptivo”, “proposición prescriptiva” y “enunciación prescriptiva”, a que se refieren Pérez Luño *et al.*, *op. cit.*, nota 17, p. 174.

⁶⁹ Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 10; y Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2003, p. 99.

⁷⁰ Luzzati, *op. cit.*, nota 50, p. 75.

explicación del derecho y que se distinguiría de la “operativa” por no constituir una etapa del procedimiento de aplicación real y actual de las normas jurídicas.⁷¹

Para salvar la brecha entre el texto jurídico canónico y la realidad comunitaria que ha de dirigir con su aplicación, como ya adelantamos, es menester que se transmita la autoridad textual a su intérprete —normalmente diferente al autor⁷²— y al resultado de su lectura para que respectivamente tengan legitimidad y validez; de modo que la autoridad original del autor se halla dividida ahora entre el texto, el intérprete y el nuevo registro de traducción textual interpretativa.⁷³ Por esta autoridad que se le confiere, el intérprete puede incluso corregir las imperfecciones textuales (contradicciones, lagunas, etc.) para llevar el canon a una “realización completa” en la vida humana, aun a expensas del claro e intencional significado de una fracción del texto aisladamente considerada.⁷⁴

Pero es obvio que no todos los interpretantes comparten la autoridad del texto jurídico, sino sólo aquellos a los cuales el mismo derecho la ha otorgado; éstos son los “oficiales” que con efectos generales o particulares vinculadamente pueden interpretar y aplicar *vinculadamente* las normas jurídicas —pudiendo serlo aun personas privadas en ejercicio de funciones públicas o relativas a su esfera jurídica propia como en la ejecución de un contrato—; y entre los “oficiales” también es posible distinguir a los “autoritativos”, “definitivos” o “auténticos”⁷⁵ —normalmente órganos jurisdiccionales— que con efectos generales o particulares establecen de manera definitiva, terminante, la interpretación del derecho “formalmente correcta”. Otros intérpretes que carecen de autoridad para fijar el sentido del derecho podrían ser los “proponentes” o “postulantes” (en el ámbito procesal) que sugieren a los “oficiales” la aplicación actual de una determinada interpretación; dentro de esta categoría tenemos a la interpretación doctrinal que, salvo notables excepciones,⁷⁶ no tiene calidad de fuente jurídica aunque no puede negarse su influencia sobre la que realizan los operadores oficiales.

⁷¹ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 35; Guastini, *op. cit.*, nota 20, pp. 19-21; y Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, pp. 36-38. Como adelante se verá, la interpretación de las partes procesales —o de otro procedimiento jurídico— también la consideramos “operativa”, porque no es gratuita sino tendiente a su aplicación formal y autoritativa.

⁷² En el caso de la interpretación “auténtica” en sentido estricto, es decir la que realiza el mismo legislador, no es de ningún modo diferente a lo que exponemos: el autor simplemente se convierte en un intérprete de la ley, con una perspectiva diferente a la que tenía cuando la creó, que se integra por las circunstancias en las cuales habrá de aplicarse su mensaje legislativo. Véase Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 261-262.

⁷³ Cicerón advirtió esta oscilación de la autoridad textual: “[a]sí como las leyes son superiores a los magistrados, éstos son superiores al pueblo, y puede decirse con verdad que el magistrado es la ley que habla [o] la ley el magistrado mudo (*Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, vereque dici potest, magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum*)”. *De las leyes*, 7a. ed., trad. de Francisco Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo, México, Porrúa, 1991, lib. III, p. 137; versión latina (*De legibus*) en <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml>.

⁷⁴ Cfr. Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 45-58 y 68-70; y Frosini, *op. cit.*, nota 34, pp. 58-60.

⁷⁵ Guastini, *loc. cit.*, nota 72.

⁷⁶ Una de ellas se da en el plano internacional para el que “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia” pueden aplicarse por la Corte Internacional de Justicia, según el art. 38.1, inc. d), del Estatuto de ese tribunal.

3. Teorías tradicionales de la interpretación jurídica

La misma oposición entre objetivismo y subjetivismo que se da en la epistemología respecto de la esencia del conocimiento en general y su posibilidad,⁷⁷ se traduce a la hermenéutica como *univocismo* frente a *equivocismo*; ya desbrozadas, la primera sostiene que es posible un conocimiento plenamente apegado a la verdad de las cosas e impele a su consecución, la segunda la imposibilidad del mismo y puede ser tan laxa que, atravesando diversos grados de relativismo —que siempre tiene una dosis de escepticismo—, llegaría al extremo del solipsismo o, cruzando sus fronteras, al del nihilismo.⁷⁸ A continuación expondremos ambas posturas de un modo general, solamente para dejar establecidos los extremos en que se mueve el conocimiento humano y consecuentemente la interpretación (y no sólo la jurídica).

A. Teoría univocista u objetivista

Esta postura que también se conoce como “cognoscitiva” o de la “interpretación inmanente de la ley”,⁷⁹ piensa que las disposiciones jurídicas tienen en sí mismas *un solo significado plena y unívocamente conocible*, es decir sólo uno “verdadero” cuya esencia no sólo es absolutamente independiente del intérprete sino que también determina su actividad cognoscitiva orientándola.⁸⁰

El univocismo deriva de la concepción religiosa del derecho que establecía su validez por la tradición o institución divina (*göttliche Stiftung*), y lo hacía consistir en un conjunto de normas inmutable e intocable en consideración a la autoridad de su creador.⁸¹ Al tener el derecho una esencia cognoscible y provenir de una autoridad no sólo trascendente sino además superior al intérprete, éste no debe darle otro significado que el procedente de su naturaleza objetiva y acorde con la precisa intención de su autor; cualquier otro no conforme con el “verdadero” sentido de la expresión del derecho, será una creación, una invención del sujeto que se hará por lo mismo un “pseudointérprete”.

Una interpretación verdadera coincidirá por lo tanto con el sentido objetivo y real que ya tiene el derecho por voluntad de su autor, del cual el intérprete es un mero revelador.⁸² Bajo esta posición, el intérprete realiza pasivamente su actividad, intentando o pretendiendo “descubrir”, “reconocer”, el sentido auténtico del derecho para su aplicación, la cual se supone está predeterminada por el significado objetivo y propio de la expresión que interpreta; en sentido inverso, éste se tiene como absolutamente independiente de la voluntad y conciencia del intérprete, así como de los fenómenos sociales reales que busca regular.

⁷⁷ La hermenéutica se desprende inmediatamente de la lógica aristotélica —lo que explicaría por qué mucho tiempo se tuvo la interpretación como parte de la lógica jurídica— y aun puede remontarse a la teoría del conocimiento platónica, pues ella habló por primera vez de ella y la concibió como un “ángel” o “mensajero” (*ἄγγελος*) entre los dioses y los seres humanos; en realidad, la lógica puede formar parte de la epistemología ampliamente considerada, de ahí la cercana relación que tiene la hermenéutica con ésta. Sobre los diversos sentidos de “lógica”, véase Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 11-12.

⁷⁸ Véanse Hessen, *op. cit.*, *passim*; Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 7; y Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 19-20.

⁷⁹ Cfr. Modugno, *op. cit.*, nota 31, p. 23; y Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 312.

⁸⁰ Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 13; y Hessen, *op. cit.*, nota 40, p. 69.

⁸¹ Cfr. Grimm, *op. cit.*, nota 13, pp. 14-15.

⁸² Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 14.

B. *Teoría equivocista o subjetivista*

También conocida como “valorativa”, “decisionista” o “de la voluntad”,⁸³ esta posición se refiere a un subjetivismo individualista que funda la validez del conocimiento en el sujeto particular que interviene en él y cuya conciencia elabora su contenido.⁸⁴ Se basa en la idea de que el lenguaje no tiene un significado inherente sino que el sujeto que dice desentraña su sentido se lo asigna, pero en realidad lo crea por decisión propia.⁸⁵

El estudio pragmático de Ludwig Wittgenstein⁸⁶ sobre los signos alienta claramente a esta posición. De acuerdo con ese pensador, el significado debería de encontrarse en el *uso* que se diera a un objeto significativo —en nuestro caso, el lenguaje—, necesariamente casuístico y mudable, de modo que aquél no es inherente al objeto del que se predica ni constituye una realidad absolutamente independiente de las circunstancias en que se obtenga o el empleo que se le dé.⁸⁷

El “intérprete” resulta por consiguiente un *pleno creador* de los significados del objeto interpretado, lo que en el ámbito jurídico apunta a la plena originalidad de las normas que resultan de la interpretación del derecho, mediante la completa atribución de sentido a sus disposiciones que por propia autoridad realiza el intérprete quien sería su único autor. La interpretación jurídica desde el punto de vista del equivocismo no tiene por resultado la declaración de un sentido “verdadero” sentido de la norma, pues no reconoce alguno en los elementos jurídicos; sino una total producción del sujeto que la realiza, como ha propuesto el realismo jurídico norteamericano que acoge esta posición⁸⁸ y concibe la interpretación como “una actividad de *transformación* de las reglas formales hasta conseguir formular una premisa que pueda dar solución al caso concreto”,⁸⁹ cuya verdad califica la sola voluntad de su intérprete-creador.

Esta tendencia manifiesta la “presencia de la posmodernidad” en la interpretación jurídica, con todas sus notas esenciales: subjetividad, relativismo y equivocismo.⁹⁰ En una posición extrema, de impronta nietzscheana, ha insistido en que la norma jurídica es completa creación de la interpretación, de “la emoción profunda y del instinto estético originario” del sujeto que la realiza y así resulta “totalmente subjetiva y relativa”.⁹¹

4. *La posición intermedia: la hermenéutica analógica*

A. *Aspectos generales*

Ambas posiciones extremas son criticables por desconocer los aspectos que su contraparte pone en relieve.⁹² La univocista u objetivista, en tanto se inscribe en un ingenuo dogmatismo

⁸³ Cfr. Modugno, *op. cit.*, nota 31, p. 24; y Larenz, *loc. cit.*, nota 79.

⁸⁴ Cfr. Hessen, *op. cit.*, nota 40, pp. 40 y 71.

⁸⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 10, p. 137; y Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 15.

⁸⁶ Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 17, pp. 145-156.

⁸⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, *loc. cit.*, nota 14.

⁸⁸ Cfr. Guastini, *loc. cit.*, nota 85.

⁸⁹ Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, pp. 138-139 (cursivas añadidas).

⁹⁰ Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, San Luis Potosí, UASLP, Facultad de Derecho, 2007, p. 134.

⁹¹ Douzinas, Costas, Ronnie Warrington y Shaun McVeigh, *Posmodern jurisprudence. The law of text in the text of law*, Londres/Nueva York, Routledge, 1991, pp. 109-110 y 135, referido en *idem*.

⁹² Cfr. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., México, Fontamara-UACH, 2002, pp. 61 y ss; y Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 313-314.

sobre la posibilidad del conocimiento, completamente pasa por alto el sujeto y su relación con el objeto;⁹³ por su parte, el equivocismo o subjetivismo lleva a un escepticismo relativista que se descalifica a sí mismo al no poder sostener ni siquiera la validez de su misma proposición,⁹⁴ si que que no se detiene en una posición solipsista que se “difumina en racionalidades diversas” e incapaces de alcanzar consenso.⁹⁵ Ante las deficiencias de estas posturas hallamos —aun en la teoría del derecho⁹⁶— posiciones intermedias que intentan conciliarlas; nos parece que una de ellas es la hermenéutica analógica, la cual brinda sólidos pivotes filosóficos a la interpretación jurídica porque pretende

abrir el campo de validez de interpretaciones cerrado por el univocismo, pero también cerrar y poner límites al [...] abierto desmesuradamente por el equivocismo, de modo que pueda haber no una única interpretación válida, sino un pequeño grupo de interpretaciones válidas, según jerarquía, que puedan ser medidas y controladas con arreglo al texto y al autor.⁹⁷

La *hermenéutica*,⁹⁸ como ciencia de la interpretación de textos y especialmente los formulados mediante expresiones lingüísticas escritas —pues no todo “texto” en sentido amplio se formula lingüísticamente—,⁹⁹ quien ha dado la salida a la tensión entre objetivismo y subjetivismo, aportando una visión incluyente de todos los aspectos de la interpretación como acto de conocimiento: el ontológico, el psicológico, el lógico y su conjunto carácter dialéctico.¹⁰⁰ Alcanzó su plenitud en la escena filosófica a partir de Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher —Aristóteles la atisbó y fue desarrollada en las épocas medieval, renacentista y moderna—, puede calificarse como “[e]l acontecimiento más importante en la historia de la interpretación” y derivó de la crisis del texto canónico que llevó a intentar una indagación crítica del fenómeno de la comprensión, sin sujeción a una autoridad material o personal predeterminada y con miras a la aplicación práctica de sus resultados.¹⁰¹ Pero es indispensable sentar que la hermenéutica no sólo tiene facetas metodológica y epistemológica sino también, y quizá con mayor trascendencia, una *ontológica*:¹⁰² se trata de un “enfoque filosófico valioso” que aporta una determinada manera de percibir los fenómenos y los objetos, independientemente de cuáles sean; aplicable en prácticamente cualquier ámbito científico —y

⁹³ Cfr. Hessen, *op. cit.*, nota 40, pp. 34-35.

⁹⁴ Cfr. *ibidem*, p. 42.

⁹⁵ Véase Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, México, Torres Asociados, 2000, pp. 13-15.

⁹⁶ Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 16.

⁹⁷ Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 11 y 37-63.

⁹⁸ En el uso del término “hermenéutica” debe distinguirse entre su acepción que indica una “...filosofía trascendental que en suma define las condiciones de la posibilidad de la comprensión del lenguaje y del sentido...” —aquí utilizada—, de aquella referente a un método consistente en el proceder efectivo de los jueces, del que se objeta su irracionalidad, subjetivismo y acientificismo (*unwissenschaftlichkeit*). Cfr. Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Múnich, C.H. Beck, 1999, p. 67.

⁹⁹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 9; y Serna, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, p. 218. “La metodología moderna de la interpretación jurídica ha adquirido las dimensiones de una disciplina autónoma, por la riqueza y variedad de los aportes científicos, diseminados en una extensa bibliografía cada día más amplia. Su importancia se ha visto incrementada por el interés especulativo hacia los problemas de la hermenéutica que caracteriza, en forma muy marcada, la filosofía más reciente”, Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 127.

¹⁰⁰ Hessen, *op. cit.*, nota 40, p. 113. Cfr. Frosini, *op. cit.*, nota 34, p. 60.

¹⁰¹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 22, pp. 9-10; e Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 93-97 y 284-285.

¹⁰² Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 90, pp. 106-107, 125 y 132.

en el nuestro no se limita a la lectura de las fuentes jurídicas sino alcanza los presupuestos mismos de la jurisprudencia—, constituye “el nuevo *esperanto* de la filosofía contemporánea”.¹⁰³

Antes de proseguir es necesario aclarar que para la hermenéutica un “*texto*” no es solamente el formado por signos lingüísticos, sino cualquiera que pueda ser materia de interpretación; si bien en principio se tuvo como tal a los documentos escritos, Gadamer extendió ese concepto al texto hablado (diálogo) y Ricœur añadió cualquier “acción significativa”.¹⁰⁴ *Sensu largissimo* —como dijo Wróblewski— es interpretable cualquier objeto que así se haría un “texto”: obras literarias o de otras artes, elementos jurídicos, sucesos históricos, experiencias personales —de ahí la utilidad de esta ciencia para el psicoanálisis—, conductas, etc.¹⁰⁵

Desde la perspectiva de la epistemología genérica, la interpretación sería un acto de conocimiento simple que tiene sólo dos elementos: el sujeto y el objeto; mas para la hermenéutica es *un acto complejo que se integra por tres: el sujeto, el texto y el autor*, lo que hace consistir a la interpretación en la acción de “descifrar con un código el contenido significativo que le dio el autor o escritor [al texto], sin perder la conciencia de que [el intérprete] le da también algún significado o matiz subjetivo”. La *ineluctable incidencia de la subjetividad del intérprete*, y además el rescate del *autor del texto*, caracterizan el perfil hermenéutico.¹⁰⁶

Aunque la teoría general del conocimiento y sus postulados son aplicables a la interpretación porque ésta implica un acto gnoseológico, llega un momento en que es insuficiente para dar cabal cuenta del fenómeno interpretativo¹⁰⁷ porque, aunque éste se funda sobre una especie de conocimiento de su objeto, no se agota en él sino tiende al “desarrollo de sus posibilidades”.¹⁰⁸ Una cosa es conocer el significado que el autor quiso dar al texto y las capacidades semánticas de éste, otra muy distinta colocar el (los) significado(s) textuales en un contexto determinado de operación y predicarle ciertas consecuencias; lo primero es un mero acto de conocimiento cuyo estudio toca a la semiótica y lo segundo, *por ser ya interpretación*, corresponde a la hermenéutica quien se apoya y parte de esa otra disciplina; la semiótica es explicativa y la hermenéutica comprensiva.¹⁰⁹

La misma oposición del objetivismo y el subjetivismo epistemológicos se da entre la hermenéutica *positivista* que apuesta por la univocidad (histórico-gramatical) y la *romántica* inclinada a un relativismo desbocado (alegóresis) que promueve una interpretación alegórica de los textos y “reconocer en el sentido literal la representación de otro significado, más en armonía con las creencias morales y los conocimientos científicos de la nueva época”.¹¹⁰ Entre estas posiciones radicales se habrá de mediar pues, aunque sea imposible un conocimiento plenamente objetivo del mensaje del texto, si la interpretación tiene por fin “captar la intencionalidad del hablante o autor” para ciertos fines, es inadmisibles una pluralidad infinita y

¹⁰³ Vattimo, Gianni, *Ética de la interpretación*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 55 y ss, referido en Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 103 (cursivas en el original del texto transcrito).

¹⁰⁴ *Idem*, *op. cit.*, nota 90, p. 126.

¹⁰⁵ *Idem*, *op. cit.*, nota 22, pp. 11-12; y *supra*, nota 36. En las referidas obras de este filósofo mexicano se explica la utilidad de la hermenéutica (analógica) en diversas parcelas del saber —incluyendo la jurídica—.

¹⁰⁶ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 22, pp. 12, 17 y 27.

¹⁰⁷ “La hermenéutica es buena y sobre todo es un descubrimiento grande y muy moderno. Antes, durante milenios, todos interpretaban pero sin darse cuenta de las implicaciones de su acto y, a final de cuentas, hablaban en prosa sin saberlo”, Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 18.

¹⁰⁸ Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, 2a. ed., trad. de José Gaos, México, FCE, 2005, § 32, p. 166.

¹⁰⁹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 173-175, 181 y 184-185.

¹¹⁰ Cfr. *idem*, *op. cit.*, nota 22, pp. 22-25; Ferraris, *op. cit.*, nota 32, pp. 8-9 y 29; y *supra*, notas 93 y 94.

arbitraria de significados; a esta necesidad responde la hermenéutica que Beuchot denomina “*analógico-icónica*” y la cual “nos hace abrir las posibilidades de la verdad, dentro de ciertos límites; [y] nos da la capacidad de tener más de una interpretación válida de un texto, pero no permite cualquiera”,¹¹¹ apoyándose en “una construcción o reconstrucción [del texto] conforme a límites inteligentes”.¹¹²

Lo analógico de esta doctrina hermenéutica tiene dos direcciones. Primeramente establece una *semejanza relativa* —de ninguna manera identidad— entre el texto y el nuevo “registro”, diferente a él, con el que se expresa a través de la interpretación.¹¹³ Y en segundo lugar apunta a la *razonabilidad*¹¹⁴ que pone límites proporcionales a las posibilidades interpretativas en que puede reformularse el texto interpretado, indeterminables a cabalidad pero con carácter limitado y siempre imperfectamente con alguna pérdida del sentido original.¹¹⁵

Al hablar de hermenéutica “analógico-icónica” se alude a considerar los signos como una sola especie de ellos: el ícono, y a interpretarlos del modo que a esa naturaleza corresponde: analógicamente —por eso es más sencillo expresar sólo el primer adjetivo— y llamarla simplemente “analógica”. Para Santo Tomás con quien coincide Charles Sanders Peirce, el signo es “aquello por lo que alguien llega al conocimiento de otra cosa”,¹¹⁶ habiendo tres especies: el índice, el ícono y el símbolo.¹¹⁷ El primero es tan cercano al objeto designado por él, que hasta exige dicha significación; el último —en su sentido aristotélico— es de carácter arbitrario y convencional; el ubicado en medio de ambos, el *ícono* —al que con cierta lenidad se le puede decir “símbolo”—, es de carácter intermedio y “no es presencia cabal ni tampoco completa ausencia; es algo limítrofe, algo analógico”, que viene muy bien a llamada “textura abierta” del lenguaje.¹¹⁸

Diríamos que el univocismo concibe a los signos como índices, sin aceptar la posibilidad de que no se refieran al objeto que parecen designar; el equivocismo, como símbolos y afirma que su significado depende de la sola arbitrariedad del sujeto o del acuerdo que pueda haber entre los integrantes de una comunidad; el ícono, en cambio, puede tener un sentido propio e inmutable con ciertos alcances, pero no se limita a ella sino que puede adquirir otras análogas a ella.¹¹⁹ y ¹²⁰ La hermenéutica analógica se basa en el carácter icónico de los signos

¹¹¹ Cfr. *op. cit.*, nota 22, pp. 35-37 (cursivas añadidas).

¹¹² Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, p. 6.

¹¹³ Cfr. Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 38-39. La interpretación transforma su objeto en un enunciado lingüístico de contenido no idéntico pero sí semejante, es decir análogo; cfr. Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 29 y 53-54.

¹¹⁴ Por el significado de sus raíces griegas “*ανά*” (conforme a, relación) y “*λόγος*” (razón), “*analogía*” (*αναλογία*) es sinónimo de “razonabilidad” y de “proporcionalidad” (“*Verhältnismäßigkeit*” en alemán, término cuya primera partícula [*Verhältnis*] significa “relación”), que nos parece es el sentido utilizado para calificar la tendencia hermenéutica a que nos referimos, de carácter prudencial más que apodíctico. Mateos Muñoz, Agustín, *Compendio de etimologías grecolatinas del español*, 30a. ed., Naucalpan, Esfinge, 1992, p. 328; y Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 38.

¹¹⁵ Cfr. Beuchot, Mauricio, “Hermenéutica débil y hermenéutica analógica. Compendio de presentación”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, p. 16.

¹¹⁶ *Summa theologiae*, III, q. 60 a. 4. c; citado —junto con el otro autor mencionado— en Beuchot, *op. cit.*, nota 17, pp. 35-36.

¹¹⁷ Eco no acepta esta distinción porque tiene “la presencia del referente como parámetro”, sin embargo admite su utilidad “para discriminar entre diferentes tipos de referencia”, en *op. cit.*, nota 18, p. 269. Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 17, p. 172.

¹¹⁸ Véase Hallivis, *op. cit.*, nota 28, p. 458.

¹¹⁹ Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 189-198.

¹²⁰ Siendo de carácter (míticamente) convencional y haberse establecido como parte del “código” de una comunidad, el signo lingüístico con su naturaleza icónica “favorece el diálogo” porque al lleva necesariamente a

lingüísticos en que se formula el texto, fundándose en la idea de que éstos no pueden tener una referencia unívoca a los objetos que denota, pero tampoco una completamente arbitraria, sino un sentido objetivo central y otros posiblemente establecidos de modo variable.

La analogía del ícono lo hace sinecdótico, o sea representa un todo por alguna de sus partes, nos hace posible “partir de un conocimiento fragmentario y avanzar hasta la totalidad, hasta el universal”;¹²¹ así, aunque explícitamente sólo refiera un fragmento de ella, como “abstracción imperfecta” los signos interpretados (texto) pueden aludir tácitamente a un concepto unitario, a toda una realidad formada por objetos diferentes entre sí pero que mantienen una relación de analogía, de identidad parcial.¹²²

Hasta aquí el aspecto semiótico de la hermenéutica; es ulterior a él la verdadera finalidad de la interpretación y por lo tanto la de esta última ciencia: poner un texto en un determinado contexto y usar su significado para determinadas finalidades.¹²³ La hermenéutica no puede sólo conocer la intencionalidad del autor sino tiene que *utilizar dicho conocimiento* para algo, no permanecer “en una actitud contemplativo-objetivista frente al texto” sino “considerar los textos al interior de una historia todavía viva a la cual [el intérprete] respond[e], correspond[e]”;¹²⁴ coadyuva así a los fines de otras ciencias sobre todo humanísticas —entre las que destaca la interpretación religiosa, muy semejante a la jurídica en la autoridad de sus textos—, pero adquiere peculiaridades en cada campo en el cual se desarrolla, según la clase de texto sobre el que recae.¹²⁵ La interpretación para la hermenéutica analógica es pues “anagógica” en cuanto conecta el significado del texto con la particular intencionalidad del intérprete, culminando en la operación de situarlo en el contexto de esta última a fin de servir a los objetivos generales y particulares de dicho sujeto (cuya calificación ética y el cumplimiento de tal servicio están muy aparte de la localización general de la hermenéutica que ahora intentamos).¹²⁶

La interpretación no es sólo conocimiento del significado del texto sino *comprensión* del mismo en su contexto, en el sentido de *inclusión* o *inserción*, de “análisis referencial” que implica una previa aprehensión y resulta “más elevado y perfecto”.¹²⁷ Con el texto van un sentido y una referencia, lo primero en cuanto tiene un(os) significado(s) atribuido(s) por el autor o el interpretante, lo segundo “en cuanto apunta a un mundo”; dicho sentido está dirigido a un determinado lector potencial —Perelman diría “auditorio”— que puede o no coincidir con el actual —interpretante— quien ha de conocer (o adivinar) la intencionalidad del autor y llevarla a la realidad en la que *inevitablemente* ocurre su lectura.

Así se cruzan y entrelazan el autor y el intérprete, sus intenciones y aun los significados que respectivamente dieron y dan al texto, posiblemente de manera contradictoria pero la cual deberá resolverse por una “mediación prudencial y analógica” en la que se salvaguarde “con la

la interacción de los integrantes de la comunidad interpretativa para precisar sus sentidos y significados; además de que su irreductible referencia objetiva permite un punto de acuerdo al “exigir más ser escuchado que leído, [...] más una interpretación receptiva, pasiva, que impositiva, activa”, aunque a la vez su laxitud semántica permite la apertura de su sentido hacia significados que no “cobija” explícita pero sí implícitamente. Eco, *op. cit.*, nota 18, pp. 305-308 y 317-318; y Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 154-155 y 194-196.

¹²¹ Cfr. *idem*, *op. cit.*, nota 22, pp. 38-40; y *op. cit.*, nota 17, pp. 138-139.

¹²² Cfr. Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 42-43.

¹²³ Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 18-19 y 23.

¹²⁴ Vattimo, Gianni, “¿Hermenéutica analógica o hermenéutica anagógica?”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 24 y 38.

¹²⁵ Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 22, pp. 13, 35-44 y 93-94; y Ferraris, *op. cit.* nota 32, p. 22.

¹²⁶ Cfr. Beuchot, Mauricio, “Respuestas a Gianni Vattimo y a Ambrosio Velasco Gómez”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 54-55.

¹²⁷ Cfr. *idem*, *op. cit.*, nota 37, pp. 181 y 184. Véase *supra*, nota 67.

mayor objetividad posible” la intención de aquél pero en la que *ineluctablemente* participa la subjetividad del intérprete.¹²⁸ El número de los elementos particulares que se analogan mediante uno genérico y unitario depende de circunstancias variables, dentro de ciertos límites racionales de proporcionalidad que logran un equilibrio prudencial entre sus semejanzas y diferencias.¹²⁹ Más allá de éste, la interpretación ya no sería una mera reformulación del texto interpretado en un “tipo de significatividad apegado al modelo, como la que tiene la imagen icónica, aunque no sea una mera copia”,¹³⁰ que sería sólo semejante —“análogo”— a su modelo y una creación original del intérprete en lo que resulte apartado o específico a éste.

Contrariamente a posturas como la nietzscheana,¹³¹ hablar de “infinitud de interpretaciones” no es más que “una simple exageración y una frase hecha” que resultaría en una paradoja al privar de todo significado al signo interpretado porque éste se emplea “*en vista de un sentido*” que lo vincula a la realidad objetiva.¹³² Incluso una amplia diversidad de interpretaciones, de significados atribuibles a un texto —que sólo parcialmente son creación original del intérprete—, no conduce a abandonar dicha actividad a la decisión arbitraria de éste; pues tales entendimientos pueden organizarse en una “jerarquía según grados de aproximación a la fidelidad al texto”,¹³³ resultante en “una interpretación respetuosa de la diversidad, pero que busca [...] no caer en lo desproporcionado” y mantener su unidad esencial en un conjunto ordenado, no obstante las diferencias entre los sentidos que produzca la reconstrucción del texto —en especial cuando la interpretación sea de carácter atributivo, como la jurídica—.¹³⁴

En resumen: la interpretación según la hermenéutica analógica reformula el texto interpretado y la voluntad de su autor en una nueva y diferente expresión, *asimilable* al mismo texto en un determinado grado y no de manera total y arbitraria sino concediendo participación en dicha acción tanto al autor del texto (según su intención explícita o implícita) y sobre todo al intérprete, pero sin que alguno de ellos impere absolutamente.¹³⁵

B. *La hermenéutica analógica en el derecho*

En el ámbito jurídico la interpretación tiene por finalidad establecer el significado que, para cierta referencia, tiene un texto formado por los enunciados con que sujetos con autoridad pretendieron establecer derechos y obligaciones a la conducta humana; dicha interpretación es por lo tanto de tipo “normativo” y se distingue de otras como la histórica (intransitiva) o la literaria (transitiva), cuyos requerimientos y finalidades imponen pautas u otorgan permisiones a los sujetos que las realizan.¹³⁶

¹²⁸ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 27-33.

¹²⁹ Cfr. *idem*, *op. cit.*, nota 17, p. 44; y Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, p. 60.

¹³⁰ Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 39.

¹³¹ “...no hay precisamente hechos, sino sólo las interpretaciones. [...] En la medida en que la palabra ‘conocimiento’ tenga sentido, el mundo es cognoscible; pero dicho mundo es *interpretable* de diferentes modos, no tiene tras de sí uno, sino innumerables sentidos”, *Fragmentos póstumos*, citado en Ferraris, *op. cit.* nota 32, pp. 73-74 (cursivas en el original).

¹³² Cfr. *ibidem*, pp. 43, 74-76 y 80-88 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹³³ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 38.

¹³⁴ Cfr. Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalismo*, México, Torres Asociados, 2005, pp. 74 y 77.

¹³⁵ “Podremos conceder algo más a uno o a otro (al autor o al lector), pero no sacrificar a uno de los dos en aras del otro”, Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 17.

¹³⁶ Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 13; y *supra*, § 2.A y nota 68.

Sentado que la *literalidad de la ley u otro elemento* (canon sellado) es el objeto de la interpretación jurídica y al cual hay que dotar de significado con ella y no la elusiva psicología del legislador; prevalece la referencia literal como punto de partida de la de la interpretación, para encontrar la intención del autor *en y según* la letra de la fuente jurídica.¹³⁷ Queda así relegada la distinción entre voluntad subjetiva de su autor y objetiva de la “ley” a que aquélla sea sólo un medio subsidiario para el caso de oscuridad en el sentido de ésta, tendiente más a corroborar un resultado previamente obtenido a partir del solo texto que a indagarlo inicialmente.¹³⁸

De lo mismo resulta la prevalencia contemporánea de la intención del legislador “actual” —que en realidad es el intérprete— a la del “histórico”.¹³⁹ Para que la ley pueda “guiar al pueblo y fortalecer su fe” como se dice de la Torá hebrea, su intérprete toma una determinada perspectiva frente a sucesos actuales a los que pretende aplicar el sentido normativo de las disposiciones legales, y conforme a ella establecerá el nuevo registro al que se traducirán las prescripciones del legislador; obviamente, para hacerlo, necesita compartir algo de autoridad con el texto que interpreta para apartarse legítimamente de su autor, el “legislador histórico”.¹⁴⁰ Todo lo anterior no quiere decir que se permita al intérprete obrar arbitrariamente al adjudicar significado al texto, puesto que las “palabras invariables” que objetivamente forman éste quizá potencialmente tengan varios significados, pero nunca de modo infinito;¹⁴¹ en consecuencia *la literalidad de la ley, o sea el mismo texto y su expresión gramatical, no sólo es el objeto de la interpretación y su punto de partida, sino que también su límite dada la finitud de sus posibilidades semánticas*.¹⁴²

La interpretación lleva el texto a una reformulación distinta pero análoga, asimilable a él, dentro de ciertos márgenes que indican los límites semánticos de aquél¹⁴³ y fuera de los cuales ya dejaríamos de estar aun ante la interpretación misma;¹⁴⁴ la analogía entre el nuevo registro al que se traduce el texto y éste, además, determina la conservación de la autoridad compartida entre ambos con el intérprete y su lectura,¹⁴⁵ de tal guisa que la legitimidad de los intérpretes —sobre todo judiciales— radica en la razonabilidad de su interpretación y en la analogía que pueda existir entre el texto legal que aplican y las normas jurídicas que le atribuyen.

La hermenéutica analógica aplicada al derecho parte del “supuesto imprescindible” de que *el sistema jurídico posee una racionalidad y una universalidad determinada*, que hace del

¹³⁷ Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 316.

¹³⁸ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 186 y 197-198. El mismo Gény fue de esta opinión al diferenciar la interpretación “según la fórmula del texto” y “la obtenida por elementos ajenos a ella”, concluyendo que ambas clases de elementos no pueden tener la misma eficacia por lo que deben tenerse reservas con las pocas veces útiles “inducciones sacadas de [...] la elaboración del pensamiento legislativo”, y sentenciar que “a la fórmula es a la que hay que pedir la revelación de la voluntad legislativa” y “[s]in salirnos de esta fórmula, hay que deducir de ella todo su contenido” (*op. cit.*, nota 48, pp. 214-215, 230-231).

¹³⁹ Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 107; e *idem*, *op. cit.*, nota 34, p. 143. Véase Gény, *op. cit.*, nota 48, p. 233.

¹⁴⁰ Cfr. Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 54-55.

¹⁴¹ “[E]stá excluido que se pueda[n] obtener infinitas interpretaciones, y ya es mucho si se puede[n] dar tres o cuatro: hasta del arabesco más intrincado, del cuadro más alegórico, o del versículo bíblico más críptico”, Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 74 (cursivas suprimidas).

¹⁴² Véanse Depenheuer, Otto, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, R.v. Decker-C.F. Müller, 1988, pp. 5-6 y 16; y *supra*, nota 120. Una exposición más amplia de este límite interpretativo, la hacemos *infra*, cap. cuarto, § IV.5.

¹⁴³ Beuchot, *op. cit.*, nota 22, pp. 28-39 y 98.

¹⁴⁴ Véanse Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 318; y *supra*, nota 41.

¹⁴⁵ Cfr. Iser, *op. cit.*, nota 22, p. 87.

sentido texto normativo el ícono o modelo a cuya semejanza —no identidad— se construirán sus diversas aplicaciones; dicha elaboración se lleva a cabo mediante el procedimiento analógico que recién explicamos, que relaciona las diversas interpretaciones que pueden resultar del texto, de acuerdo con su similitud a él. Con ello, partiendo de la unidad del ordenamiento jurídico, se supera la dicotomía del problema de los universales entre el platonismo y el nominalismo, aplicado jurídicamente: la ley no prevé absolutamente todo, pero tampoco se diluye en la solución casuística y relativista de los problemas del orden jurídico, sino que en su interpretación se da una amalgama de rigor y apertura. Por esta paradójica mezcla, modulada por la prudente razón práctica, este enfoque permite una interpretación jurídica que “*busca diferenciar, distinguir, [y] matizar*”, para impedir la aplicación unívoca de la ley, exactamente igual en todos los casos aunque tuvieran diferencias relevantes, y la equívoca que sin orden resolvería siempre de manera diferente aun los casos que fueran prácticamente idénticos;¹⁴⁶ de ahí que las bases que provee convengan a la perfección a los fines y metodología del derecho.

Para abundar en lo anterior y haciendo un parangón entre el derecho y la ética —que también es ciencia normativa—, la hermenéutica analógica promueve un orden jurídico abierto y “dispuesto a acoger las experiencias del hombre y darle una guía en medio de ellas”, al admitir la posibilidad de diversas interpretaciones de los elementos del derecho pero sin permitir su elaboración arbitrariamente subjetiva por el intérprete. Así se llegaría a la “constitución dialógica” y prudencial de las normas jurídicas resultantes de la interpretación.¹⁴⁷

Asimismo, al enfatizar la diferencia, no sólo admitiendo su existencia sino su inexorable participación en el acto interpretativo, la hermenéutica analógica es una doctrina idónea para la operación jurídica actual dentro de un ambiente pluralista democrático. Ella haría efectivamente “dúctil” la construcción del orden jurídico, al darle un marco conceptual que permite la consideración de diversas ideologías y pensamientos, adecuándolo a las circunstancias sociales más variadas; pero sin perder la búsqueda de la objetividad y manteniendo firme la esencia de sus principios fundamentales.¹⁴⁸

A lo largo de las sucesivas secciones iremos señalando, según corresponda, los puntos de influencia de la hermenéutica analógica en la interpretación jurídica, la cual en realidad los juristas en occidente inconscientemente hemos seguido en los últimos tiempos —lo que indica un muy importante consenso de racionalidades—.

5. *Relativismo en la interpretación*

A. *Precomprensión y espiral hermenéutica*

Según la postura hermenéutica, la interpretación inicia con la “precomprensión” o “prejuicio” del sujeto sobre el objeto, constituido por un bagaje de experiencias y conocimientos previos a la actividad interpretativa, que corresponde a una tradición cultural y determina su percepción del objeto. Los objetos de conocimiento o interpretación se dan en un trasfondo, es decir se insertan en un mundo determinado, y para iniciar su comprensión el

¹⁴⁶ Beuchot, *op. cit.*, nota 90, pp. 129 y 142-146 (cursivas añadidas al texto transcrito); e *idem*, *op. cit.*, nota 37, p. 57.

¹⁴⁷ *Cfr. ibidem*, pp. 131-134.

¹⁴⁸ *Cfr. ibidem*, pp. 43 y 55; Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 58-61; y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp. 14-18.

intérprete tiene que “articularlos” desde una *especial perspectiva* dada por peculiares circunstancias históricas y personales que forman una “tradicición”,¹⁴⁹ ésta es un marco que da a la realidad un determinado sentido y se erige como fuente del conocimiento al proveer criterios de racionalidad, orientar la selección de hechos relevantes y los procesos de indagación.¹⁵⁰ Tal inserción del objeto en dicho trasfondo, anterior a su acto de conocimiento, es lo que constituye la precomprensión del intérprete que es sencillamente imprescindible.¹⁵¹

La precomprensión se integra al acto interpretativo mediante el cuestionamiento que se hace el sujeto frente al texto, con miras a encontrar su significado en la situación real y personal que guarda en ese momento, considerando asimismo los fines que se propone para su actividad, y cuya formulación se determina de acuerdo con su propia experiencia y conocimientos previos;¹⁵² pero con la posibilidad de encontrarse tantos significados como sentidos explícitos o latentes tengan los signos, determinados por una “cadena sincrónica y diacrónica de asociaciones” formada a partir de las precomprensiones de los intérpretes y que provoca que hayan tantas interpretaciones como perspectivas formadas a partir de éstas.¹⁵³ La interpretación entonces no comienza con el enfrentamiento del sujeto con el objeto, sino con lo que aquél conciba de antemano sobre lo que encontrará en éste, que determinará su enfoque sobre el mismo y por lo tanto influirá en su conocimiento.¹⁵⁴

La precomprensión (o precomprensiones) del intérprete al enfrentarse con el objeto interpretado, modifican a éste y viceversa para luego retornar a dicho sujeto y formar en él una nueva construcción epistémica consistente en la atribución o adición de sentido y referencia al texto, con la correspondencia entre los signos que emplea y la propia experiencia del intérprete.¹⁵⁵ Se ha dicho que este proceso, llamado habitualmente *círculo hermenéutico*,¹⁵⁶ es vicioso por la mutua remisión que en él se da entre el sujeto y el objeto de la interpretación; pero en realidad entender este fenómeno de tal modo es “no comprender, de raíz, el comprender”,¹⁵⁷ ya que el acto hermenéutico no es “vicioso” y ni siquiera adopta una figura circular porque

El *círculo vicioso* regresa al punto de partida; no se sale del círculo. Pero el círculo hermenéutico, como ha expresado *Winfried Hassemmer*, no toma forma de círculo sino de *espiral*: ésta también torna de vuelta pero no aterriza en el punto de partida sino alcanza un nivel “más alto”, no termina en un callejón sin salida sino se mueve en un terreno abierto, escala niveles siguientes, se acerca

¹⁴⁹ “El prejuicio se constituye, pues, desde la tradición, desde un imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales generales, pero esa tradición se ve modificada y enriquecida permanentemente por la comprensión de cada sujeto, orientada también por su horizonte vital personal y por el problema concreto que tiene delante”, Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 229. “En la hermenéutica, la totalidad es la tradición, el mundo de la experiencia y de la comprensión, [el] mundo de la cultura”, Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 31.

¹⁵⁰ Véase Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 134, pp. 17-22.

¹⁵¹ *Cfr.* Heidegger, *op. cit.*, nota 108, § 32, pp. 167-170; Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, 12a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1968, pp. 85-87; y Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 36.

¹⁵² “¿Qué significa este texto?, ¿qué quiere decir?, ¿a quién está dirigido?, ¿qué me dice a mí?, o ¿qué dice ahora?, y otras más”, Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 19.

¹⁵³ *Cfr.* Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 134, pp. 89-90.

¹⁵⁴ Véase Vattimo, *op. cit.*, nota 124, pp. 30-31.

¹⁵⁵ *Cfr.* Serna, *op. cit.*, nota 99, pp. 218-226; y Aienza, *op. cit.*, nota 47, p. 126.

¹⁵⁶ Schleiermacher fue quien primero habló del “círculo hermenéutico”; posteriormente su idea adquirió mayor complejidad según el pensamiento de Johann Gustav Droysen y sus círculos concéntricos, las espirales transaccionales de Paul Ricœur, la espiral recursiva y la cibernética de Norbert Wiener, Francisco Varela y la escuela de Santiago de teoría de los sistemas, y el diferencial ambulante de Franz Rosenzweig. Véase Iser, *op. cit.*, nota 22, *passim*.

¹⁵⁷ Heidegger, *op. cit.*, nota 108, § 32, p. 171.

así a la meta dada y alejada del punto de partida hasta que la alcance (al ser ajustados y equiparados los casos).¹⁵⁸

El resultado de la interpretación no sólo depende de elementos reales como el objeto sobre el que recae, de modo que siempre sea predecible como sucede *prima facie* con las ciencias formales y exactas, sino también se determina por otros variables y algunas veces indeterminables factores que influyen en él y se relacionan con diversos aspectos del intérprete (prejuicios —en sentido peyorativo—, finalidad de su interpretación, percepción, etc.). Estos últimos, como parte de la espiral hermenéutica en su papel de precomprensión, son una “condición trascendental del entendimiento” y necesariamente tienen cabida en el acto de comprensión, según evidenciaron Heidegger y Gadamer.¹⁵⁹

Una de las pocas definiciones que (atrevidamente) se han dado de “interpretación”, la de Luigi Pareyson,¹⁶⁰ dice que se trata de “un conocimiento de formas de parte de las personas (*conoscenza di forme da parte di persone*)”; Vattimo la entiende como el *encuentro* de los procesos de formación de un objeto y autoformación del interpretante, el cual hace que “se desarroll[e]n por un tiempo juntos”.¹⁶¹ De ahí que también la interpretación de un texto sea igualmente “autointerpretación” del sujeto que la realiza “y no sólo una heterointerpretación”; al ubicarse dentro de una tradición, una determinada línea de pensamiento “que [lo] hace interpretar así y no de otro modo”, el sujeto también adquiere identidad y se reconoce a sí mismo, a la vez de adoptar un peculiar enfoque sobre el objeto de su interpretación.¹⁶²

B. *Entre la ciencia exacta y la magia negra*

Las diversas alternativas de formación de la precomprensión y su influencia en la espiral hermenéutica, producen en la interpretación la variabilidad de su resultado, derivadas de diversos factores internos y externos al intérprete. Por la necesaria injerencia del sujeto, en toda interpretación hay inevitablemente algún grado de subjetivismo, derivado de las circunstancias históricas y culturales en que se realice dicha actividad, además de ciertas características del mismo intérprete; que condiciona la actividad de éste para provocar una diferencia caracterizada como “espacio liminal” entre el objeto interpretado y el nuevo registro al que se traduce y hace imposible su plena identidad,¹⁶³ el cual asimismo provoca que diversos intérpretes otorguen a un mismo texto sentidos diferentes y correspondientes a sus propias perspectivas.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Kaufmann, *op. cit.*, nota 98, p. 63 (cursivas en el original).

¹⁵⁹ *Cfr. ibidem*, pp. 62-63; y Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 225.

¹⁶⁰ *Esistenza e persona*, 4a. ed., Génova, Il Melangolo, 1985, p. 218.

¹⁶¹ *Op. cit.*, nota 124, pp. 28-32.

¹⁶² *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 54, 68-69 y 74; véase Heidegger, *op. cit.*, nota 108, § 31, pp. 160-166. Como apuntó Schleiermacher: “Al combinar los elementos objetivo y subjetivo, *uno se proyecta a sí mismo en el autor*. Yo hablaría de un conocer al autor mejor de lo que él mismo se conoce” (“The aphorisms on hermeneutics from 1805 and 1809-10”, en G. L. Ormiston y A. D. Schrift (eds.), *The hermeneutic tradition. From Ast to Ricoeur*, Albany, State University of New York Press, 1990, p. 81, citado en Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 47, n. 13 [cursivas añadidas]).

¹⁶³ *Cfr.* Hessen, *op. cit.*, nota 40, p. 41; Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 27, p. 142; e Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 29-30.

¹⁶⁴ Así se manifiesta el concepto antropológico en el que Schleiermacher fundó la hermenéutica, que sostiene la tesis de que “los otros son esencialmente un misterio para mí” y cualquier clase de comunicación puede conducir a malentendidos. *Cfr.* Ferraris, *op. cit.*, nota 32, p. 14.

Aun en aquellos casos de aparente “claridad” en el sentido de un texto, por sus solas expresión a través de signos lingüísticos y riqueza semántica, es *factible* que su interpretación dé lugar a equívocos y conduzca a tantos resultados como intérpretes haya,¹⁶⁵ y eso sin tomar en cuenta otros factores. En relación con la actividad interpretativa, que parcialmente implica el conocimiento de un objeto independiente de la conciencia del intérprete y ya ajeno aun a su autor, debe rechazarse por lo tanto el criterio de verdad *inmanente* propio de ciencias formales e ideales, y admitirse el concepto *trascendente* de verdad consistente en la “concordancia del contenido del pensamiento con el objeto”,¹⁶⁶ atendiendo al sentido y la referencia material del objeto.¹⁶⁷

Que pueda existir cierta relatividad en la interpretación, procedente del subjetivismo al que está sometida, no quita realidad a los textos o impide llegar a un resultado que pueda tenerse por objetivo; para lo anterior existen dos motivos principales. Primeramente, si bien pueden existir diversas racionalidades entre los integrantes de la *comunidad interpretativa relevante* al acto de interpretación, entendidas aquéllas como modos de concebir y calificar lo “racional”; todas ellas pueden basarse en estructuras comunes, universales y hasta necesarias como ciertos principios y postulados, que formen un patrimonio común y un *punto de encuentro o acuerdo* a todas ellas.¹⁶⁸ En segundo lugar, toda perspectiva —por definición, relativa— es un referente a la realidad material, objetiva e independiente de ese punto de vista, al cual orienta,¹⁶⁹ y el *consenso racionalizado* de estas perspectivas y su coincidencia sobre determinado conocimiento, si bien no puede llevar necesariamente la verdad, sí representaría válidamente un indicio de correspondencia con la realidad y aun identificarse con la verdad, si como hacen Putman y Habermas se tiene a “la aceptabilidad racional forma[ndo] parte del significado de la verdad”.¹⁷⁰

Llegamos a la conclusión de que no puede sino aspirarse a una objetividad “débil” en la interpretación. A la “fuerte” que postuló el positivismo racionalista de la modernidad, haciéndola consistir primeramente en la posibilidad del conocimiento cabal de la esencia inmutable de los objetos y luego en una hermenéutica implacablemente silogística, hoy se opone —superando también el nihilismo de Nietzsche que destruyó la fortaleza racionalista (lo que fue su principal aportación)— una objetividad de carácter “débil” que supone inalcanzable aquel conocimiento de la “verdad inmanente” de los objetos, pero se esfuerza —y mucho— en lograrla y no atomizarse en múltiples subjetividades o en ninguna.¹⁷¹ Como irónicamente expresa Vattimo, tal es “una actitud mucho más realista” que pensar la asequibilidad de un conocimiento o una comprensión prístina y absolutamente verdaderos.¹⁷²

La interpretación no es una operación matemática que siempre dé un solo y mismo resultado, a despecho de posiciones positivistas que se pronuncian contra el relativismo que representa “para una mente sobre todo occidental [...], el abandono —por lo menos

¹⁶⁵ “La norma legal se reviste necesariamente del ropaje de la palabra, signos equívocos en su significación semántica, plenos de tornasolados en su incrustación sintáctica. La ambigüedad de los términos empieza en el propio convencionalismo que secundó su génesis. La evolución del lenguaje es un hecho incontrovertible, convirtiéndolo en circunstancial y mudable”, Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 27, pp. 139-140.

¹⁶⁶ *Cfr.* Hessen, *op. cit.*, nota 40, pp. 110 y ss.

¹⁶⁷ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 34.

¹⁶⁸ *Cfr.* Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 14-15 y 71-72.

¹⁶⁹ *Cfr.* Ferraris, *op. cit.*, nota 32, pp. 77-82; y Ortega y Gasset, *op. cit.*, nota 151, p. 89.

¹⁷⁰ *Cfr.* Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 17-19, 28-31 y 48-49.

¹⁷¹ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 126, pp. 52-53.

¹⁷² *Op. cit.*, nota 124, p. 32.

momentáneo— de su acostumbrada *seguridad y autosatisfacción*”.¹⁷³ Pero tampoco sería admisible que fuera completa taumaturgia —o hechicería algunas veces—: tanto por sus bases éticas como su naturaleza no “inventiva” sino ligada al sentido textual, la interpretación debe buscar la objetividad de la comprensión de su objeto e intentar lograr un entendimiento unívoco del mismo —aunque ello sea irrealizable a la perfección¹⁷⁴—; ya por sí sola tiende a la equívocidad por la imprescindible participación de la subjetividad del intérprete, por lo cual hay que llevarla a encontrar una comprensión objetiva del texto, por “débil” que sea.¹⁷⁵ Si ha de admitirse cierto relativismo en la interpretación habrá de ser sólo con un carácter “moderado; es decir un “relativismo relativo” con límites conceptuales de alguna manera distinguibles, que por asirse a algunos (pocos pero suficientes) elementos objetivos que le sirven de orientación, puede alcanzar una objetividad siquiera “débil” y no difuminarse en el solipsismo.¹⁷⁶

La posibilidad de que no pueda haber un conocimiento absolutamente objetivo, no implica que las visiones relativas o subjetivas sean falsas ni que modifiquen la realidad del objeto, de manera que sea permisible una interpretación arbitraria; como propone la hermenéutica analógica, al haber dos o más alternativas interpretativas análogas al texto no puede tenerse por válida a cualquiera de ellas, sino se plantea la necesidad de establecer parámetros que establezcan los límites de interpretaciones válidas y jerarquice éstas conforme se acerquen o alejen a la objetividad del texto y su referencia material actual. Mas únicamente reconociendo que necesariamente el sujeto intérprete y su perspectiva actuarán sobre la acción y el resultado de la interpretación, podremos determinar en qué medida lo hacen y sentar criterios de corrección que hagan de esa actividad heurística un procedimiento óptimamente objetivo y controlable; porque “la verdad del texto comprende el significado o la verdad del autor y el significado o la verdad del lector, y vive de su dialéctica”.¹⁷⁷

III. LA INTERPRETACIÓN EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA

1. *Del positivismo decimonónico al positivismo incluyente*

No obstante que existen diversas corrientes jurídicas con diferentes formas de comprender y aproximarse al fenómeno jurídico como el iusnaturalismo y el realismo sociológico, nos ocuparemos primordialmente en las siguientes líneas en considerar exclusivamente al positivismo jurídico, que pensamos es la doctrina más influyente en nuestra tradición jurídica romanista y en consecuencia con mayor relevancia para el tema de la interpretación en nuestros sistemas.

“El positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen a base del Derecho positivo, por medios puramente intelectuales y sin recurrir a criterios de valor”.¹⁷⁸ Implica, como sostuvo Norberto Bobbio,

¹⁷³ Cfr. Dascal, Marcelo (comp.), *Relativismo cultural y filosofía*, México, UNAM, 1992, p. 7, citado en Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 134, p. 71 (cursivas añadidas).

¹⁷⁴ “No se puede alcanzar la plena objetividad, pero tampoco tenemos que renunciar a ella y abandonarnos al subjetivismo. [...] Hay que luchar por la objetividad para la hermenéutica, a pesar de que haya que reconocer la injerencia de la subjetividad”, Beuchot, *op. cit.*, nota 22, pp. 36-37.

¹⁷⁵ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 51.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 41-42; Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 25; e, *idem*, *op. cit.*, nota 115, p. 17.

¹⁷⁷ Ferraris, *op. cit.*, nota 32, pp. 35 y 101; *supra*, nota 169; Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 49; e *idem*, *loc. cit.*, nota 135.

¹⁷⁸ Radbruch, *op. cit.*, nota 16, pp. 120-121.

simultáneamente una teoría, una metodología y una ideología jurídicas, basadas en el postulado de que el único derecho “positivo” creado por el Estado es el único que tiene verdadero carácter jurídico y por ello resulta imperativo, independientemente de lo justo o injusto de su contenido.¹⁷⁹

La concepción del parlamento como titular de la soberanía popular y de la voluntad general, la doctrina de la separación del poder y aun en el postulado de igualdad ante la ley, derivados de las ideas ilustradas de Rousseau y Montesquieu,¹⁸⁰ el “racionalismo desafortunado” de la época,¹⁸¹ así como la actuación de los tribunales franceses anteriores a la revolución de 1789,¹⁸² fueron campo propicio para el surgimiento del positivismo jurídico decimonónico y la idolatría de la ley que trajo consigo. Desde luego, la loable intención de esta ideología fue desterrar en lo posible el despotismo en la aplicación del derecho, desterrando antiguas reglas subjetivas y arbitrarias de impartición de justicia.¹⁸³

Por otro lado, estas ideas abonaron los proyectos francés y alemán de *codificación* del derecho en un conjunto de disposiciones jurídicas que se pretendió sistemático, ordenado y completo, tan explícito y acabado para que los jueces no tuvieran posibilidad de suplantar la autoridad soberana legislativa y exceder sus atribuciones, al reelaborar y desviar el significado de la ley por medio de la interpretación o bien creando normas aplicables a casos que no estuvieran previstos expresamente en el sistema pero sí implícitamente en su estructura.¹⁸⁴ La conocida expresión de Montesquieu que define a los jueces como la “boca de la ley” es más que elocuente sobre lo anterior, ya que relega la función judicial a un carácter meramente instrumental y carente de toda autonomía.¹⁸⁵

Los postulados epistemológicos del positivismo jurídico, desde sus primeros tiempos, han sido los de la filosofía analítica: íntima relación con el lenguaje y su conocimiento, concepción positivista del saber, exclusión de toda metafísica y necesaria dependencia de la filosofía y del conocimiento con el análisis del objeto de éste.¹⁸⁶ Por esta concepción tan estricta del saber

¹⁷⁹ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997, pp. 9-15, 22-23 y 27-30.

¹⁸⁰ Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Mérida, Yuc., Dante, 1988, lib. II, cap. VII, p. 46, y lib. III, cap. II, p. 70; y Carré de Malberg, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, ed. facsimilar de la de 1931, París, Economica, pp. 5, 20-22 y 48. “Pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas. [...] Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”, Montesquieu, Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède y, *Del espíritu de las leyes*, 13a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 2000, pp. 105 y 108 (cursivas añadidas).

¹⁸¹ Cfr. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000, pp. 62-63.

¹⁸² Cfr. *ibidem*, p. 64-65.

¹⁸³ Cfr. García Máynez, *op. cit.*, nota 179, p. 19; y García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 38-39. “[P]areció indispensable, en efecto, que el derecho aplicable a los ciudadanos sea creado, no por vía de medidas actuales e individuales, que pudieran ser arbitrarias o parciales, sino por medio de prescripciones prefijadas, comunes a todos los miembros del cuerpo nacional y que, por eso mismo, ofrecerán a éstos garantías de imparcialidad”, Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 180, p. 5.

¹⁸⁴ Cfr. Merryman, *op. cit.*, nota 181, pp. 59 y ss.; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 148, pp. 30-33.

¹⁸⁵ Cfr. Montesquieu, *loc. cit.*, nota 180. Aunque la expresión es generalmente atribuida a este autor, ya Cicerón la había expresado, en otros términos, diciendo que “el magistrado es la ley parlante (*magistratus est lex loquentis*)”; *supra*, nota 73.

¹⁸⁶ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 9. Francesco Viola ha comparado, en términos ya clásicos, los postulados de la

jurídico no es extraño que bajo el positivismo la aplicación de la ley hubiera tomado la forma del silogismo y se basara en la subsunción —a lo que nos referiremos en el apartado siguiente—, lo que limitó la interpretación jurídica a la mera constatación o explicación de las “claras” expresiones contenidas en la ley y a la declaración de la supuesta voluntad de legislador como sostuvo la escuela exegetica,¹⁸⁷ que supuestamente hacían tan asequible su contenido a cualquier persona que se resultaba innecesaria la intervención de juristas.¹⁸⁸

Traducido al ámbito jurídico el paradigma racionalista concibió de una forma *determinista* el sistema jurídico, según la cual toda decisión relativa a la aplicación del derecho no sólo debe ser unívoca y predecible, sino efectivamente lo es al depender de un conjunto de leyes (lógico-formales) precisas y de cumplimiento necesario; la “perfección intelectual pura”.¹⁸⁹ En su afán determinista y su anhelo de claridad y necesaria causalidad, el positivismo jurídico restringió la interpretación a una mera aplicación semiótica de carácter lógico-matemático — corroboración de un supuesto sentido inmanente, no la de un significado—, proscribiendo así un enfoque *plenamente hermenéutico* de la aplicación jurídica.¹⁹⁰

Pero como aconteció con las ciencias “exactas”, el rigor hubo de ceder ante la irrefutable demostración de que *no siempre pueden los acontecimientos futuros predecirse con exactitud* —para nuestros efectos: una decisión jurídica interpretativa o cualquier otra— “si ni siquiera se puede medir el estado presente del universo de forma precisa”. En aquéllas lo anterior fue develado por el *principio de incertidumbre de Heisenberg* que es una “propiedad fundamental, ineludible, del mundo”, tiene “profundas implicaciones” en la manera que percibimos al mismo y llevó a naturalizar “un elemento inevitable de incapacidad de predicción, una aleatoriedad de la ciencia”;¹⁹¹ el mismo principio se reconoció en los actos de significación y comunicación, sobre los cuales se influye al hablar de ellos mismos por ser “funciones sociales que determinan la organización y la evolución cultural”.¹⁹²

El primer embate importante que sufrió este positivismo exacerbado provino del método de la libre investigación científica de François Gény, que no sólo reaccionó contra el exegetico tradicional sino también contra la escuela histórica alemana de Savigny que señalaba al *Volkgeist* como objeto último de la interpretación jurídica.¹⁹³ Aquél criticó en primer término que la doctrina tradicional concibiera la ley como una obra cuasidivina según las “ilusiones racionalistas de fines del siglo XVIII”, y que por un “brutal análisis de los textos” obtuviera “resultados extraños verdaderamente al sano instinto jurídico”;¹⁹⁴ sostuvo como principal tesis que el objeto de la interpretación es hallar el verdadero sentido de la intención del legislador según la *fórmula legal*, pero no bajo la única consideración de su letra sino también contando

filosofía analítica y los de la hermenéutica; al respecto véase *ibidem*, p. 11; y Atienza, *op. cit.*, nota 47, pp. 127-128.

¹⁸⁷ Cfr. García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 333-335; y Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 75 y ss.

¹⁸⁸ Cfr. Merryman, *op. cit.*, nota 181, pp. 63-64.

¹⁸⁹ Véanse Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, p. 639; y Ortega y Gasset, *op. cit.*, nota 151, pp. 32-34.

¹⁹⁰ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 90, p. 110.

¹⁹¹ Hawking, Stephen W., *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, trad. de Miguel Ortuño, Barcelona, Planeta-Agostini, 1992, pp. 81-85.

¹⁹² Eco, *op. cit.*, nota 18, pp. 53-54.

¹⁹³ Véase Merryman, *op. cit.*, nota 181, pp. 67-71; y Cisneros Farías, *op. cit.*, nota 187, pp. 93-99.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, nota 48, p. 198.

otras fuentes jurídicas y elementos ajenos a él que “ponen de relieve las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y aun técnicas a que el precepto debe dar satisfacción”.¹⁹⁵

Otras escuelas han tenido relativo impacto en contra y a favor del desarrollo de la metodología del positivismo jurídico. Entre las primeras pueden mencionarse las jurisprudencias conceptual y de intereses; la máxima expresión de las segundas ha sido indudablemente la kelseniana teoría pura del derecho, que continuó la Escuela de Viena, la cual sostuvo la absoluta y rígida separación entre derecho y moral, ocupándose únicamente de la “estructura lógica de las normas jurídicas”, contándose también la de Hart entre dichas doctrinas en los últimos tiempos.¹⁹⁶

Pero fue el neokantismo alemán sudoccidental quien ayudó a superar en el ámbito jurídico la imitación de las ciencias formales y naturales, al advertir de que el concepto científico positivista es inadecuado para las áreas de conocimiento que carecen del rígido formalismo y exactitud de las últimas. Los estudios de Heinrich Rickert, inspirados en los de Wilhelm Windelband, otorgaron autonomía metódica a las ciencias culturales y del espíritu (historia, literatura, derecho, etc.); partiendo de la tesis kantiana de que “el objeto de conocimiento [...] es sólo el resultado de un proceso cognoscitivo en el que las estructuras de nuestro pensamiento están también incluidas como presupuestos”,¹⁹⁷ esta tendencia propuso —para la historia específicamente— que la calificación de los fenómenos de tales “nuevas” ciencias debía darse por un criterio determinado por los valores reconocidos por el consenso de la comunidad cultural a la que el investigador pertenece. En la misma dirección apuntó el romanticismo de Schleiermacher que también se enfiló contra las ciencias formales y naturales positivistas, el cual Wilhelm Dilthey¹⁹⁸ siguió para desterrar la lógica apodíctica de las ciencias culturales y hacer de la *hermenéutica* —que Heidegger luego perfeccionó— su instrumento metodológico, coincidiendo en alguna medida con Windelband.¹⁹⁹

La corriente neokantiana fue introducida a la ciencia jurídica por Georg Jellinek y Emil Lask; aparte de dar un nuevo talante el conocimiento del derecho, esa doctrina contribuyó también al resurgimiento del iusnaturalismo a inicios del siglo XX por su perspectiva axiológica y la idea de “conciencia normativa” windelbandiana.²⁰⁰ Gustav Radbruch continuó el trabajo de Lask, expresamente basado en Windelband, Rickert y su precesor; este autor

¹⁹⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 206-208 y 222-223. Véase también García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 339-346; y Cisneros Farías, *op. cit.*, nota 187, pp. 83-86.

¹⁹⁶ Véase García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 347-355; Cisneros Farías, *op. cit.*, nota 187, pp. 101-109; Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 90 y ss.; y Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, caps. II y V. “[N]o corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna [...] el orden normativo que sólo debe conocer y describir”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 82.

¹⁹⁷ “Pero ahora se pregunta ¿no pueden nuestros conceptos puros del entendimiento tener una significación con relación a estos últimos [entes inteligibles (*noumena*)] y ser un modo de conocerlos? [...] el entendimiento, cuando llama en cierto sentido, mero fenómeno a un objeto, se forja al mismo tiempo, fuera de ese sentido, una representación de un *objeto en sí mismo* y por ende se figura poder también obtener un concepto de este objeto; pero el entendimiento no tiene de suyo más conceptos que las categorías, y entonces se figura que el objeto, en su última significación, debe poder ser pensado, al menos, por esos conceptos puros del entendimiento...”, Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 12a. ed., trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Porrúa, 2003, p. 186 (cursivas en el original). Véase también Bodenheimer, *op. cit.*, nota 1, pp. 201-202.

¹⁹⁸ Véase Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 11a. ed., México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1990, pp. 348-349.

¹⁹⁹ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 113-117; Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 47-48 y 60-61; y Ferraris, *op. cit.*, nota 32, pp. 13-15 y 34.

²⁰⁰ Véase Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 57-61, 67 y 138-139.

tuvo el acierto de incluir a plenitud aspectos axiológicos en su filosofía jurídica y combinarlos con los fundamentos del positivismo tradicional, particularmente con el establecimiento del derecho por el poder estatal; y además reconoció que el derecho responde a tres principales “ideas de valor”: la justicia, la adecuación a un fin y la seguridad jurídica, que paradójicamente al mismo tiempo se complementan y contradicen, pero que encuentran equilibrio en el carácter positivo del derecho como orden impuesto por el Estado, cuya seguridad es en su opinión también una forma de justicia.²⁰¹

La concepción de Radbruch sobre el derecho como un ordenamiento construido para fines supremos que constituyen valores orientadores —que para él son el bien común, la justicia y la seguridad²⁰²—, culmina en pensar la interpretación jurídica *no como la mera declaración de la voluntad del legislador sino un procedimiento tendiente a la realización de tales fines*, aunque el autor del derecho no se los haya propuesto clara y expresamente, porque

la ley es más inteligente que el legislador; [...] la interpretación jurídica no consiste simplemente en repensar lo previamente pensado [...] sino en pensar hasta el cabo, consecuentemente, lo que ya se pensó.^{203 y 204}

El pensamiento de Radbruch sigue vigente y no es extraño encontrar posiciones contemporáneas que defiendan la interpretación como una actividad por la cual se establece el significado de una determinada disposición jurídica dirigida a la consecución de ciertos fines y la realización de sus valores inherentes como el bien común, la seguridad jurídica, la legitimidad y la idoneidad.²⁰⁵

Si este iusfilósofo alemán socavó los cimientos del positivismo jurídico tradicional, el golpe definitivo a ellos provino del mismo derecho positivo que autorizó el uso de sus “principios generales” como fuente subsidiaria y reconoció la normatividad de la Constitución.²⁰⁶ Siendo los principios generales del derecho “verdades supremas del derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos”,²⁰⁷ su empleo en la interpretación y aplicación jurídica lleva ineludiblemente a integrar en dichos procedimientos juicios de valor establecidos por consenso, privándolos del carácter mecánico que les quiso imponer el positivismo jurídico tradicional. El reconocimiento normativo de la Constitución y la creación de una jurisdicción especializada para el caso de su incumplimiento, privó a la ley creada por el parlamento del papel protagónico que tuvo como fuente jurídica y colocó en su lugar a la

²⁰¹ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 117-123; y Radbruch, *op. cit.*, nota 16, pp. 31-45.

²⁰² “El fin del derecho”, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad*, 3a. ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997, p. 57.

²⁰³ Cfr. Radbruch, *op. cit.*, nota 16, pp. 9-10 y 122 (cursivas añadidas). Véanse García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 350-351; Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 121-123; y *supra*, nota 108.

²⁰⁴ “Al principio, comprender el texto tan bien como lo comprendía su autor y, más adelante, comprenderlo mejor que el autor mismo”, fue el objetivo de la hermenéutica de Schleiermacher (Vattimo, *op. cit.*, nota 124, p. 23; Iser, *op. cit.*, nota 22, pp. 101-103; Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 24; y *supra*, nota 162).

²⁰⁵ Véase por ejemplo: Brugger, Winfried, “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 119, 1994, pp. 2-9 y 19.

²⁰⁶ Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, nota 183, pp. 46-47.

²⁰⁷ Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., trad. de Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1979, p. 49 (énfasis añadido).

ley fundamental, la cual con este nuevo carácter determina la interpretación y aplicación de todo el orden jurídico.²⁰⁸

Sencillamente el positivismo tradicional dejó de responder a la estructura y filosofía que actualmente tiene el derecho.²⁰⁹ A partir de la segunda posguerra del siglo XX, la reacción a las ideologías totalitarias expresada en nuevos bríos democráticos y de pluralismo, reivindicaron en los textos constitucionales europeos (Alemania, Italia, España, etc.) “los temas que durante siglos habían sido el caballo de batalla de las diversas versiones del derecho natural”, formulándolos a manera de principios abstractos que contenían el reconocimiento a ciertos valores, y provocando una indeterminación semántica de la Constitución que requiere para su concretización de argumentos con elementos ajenos al derecho y, principalmente, de carácter ético.²¹⁰

De lo anterior resulta el final del pensamiento tradicional que identificaba limitativamente el derecho con la ley, y el reconocimiento a una “nueva” categoría de normas: los *principios*, que jugarán en lo sucesivo un determinante papel en la teoría del derecho y, especialmente, en el ámbito constitucional, para los cuales resulta inadecuado el ideal de subsunción formal del positivismo tradicional.²¹¹ Los problemas interpretativos que actualmente enfrenta la ciencia jurídica, ocasionados mayor pero no únicamente por los textos constitucionales con cláusulas indeterminadas y contenido preponderantemente moral, requieren una explicación sobre el encuentro entre el positivismo y el naturalismo jurídicos que en ellos se da; esto ha originado la necesidad de una nueva teoría del derecho que aún no termina de definirse con toda precisión, pero que se ha dado en llamar “positivismo incluyente” por el reconocimiento que hace a valores y otros conceptos éticos, alejándose de los dogmas que el positivismo legalista tradicional sostuvo pero que ahora resultan ineficaces; como consecuencia, el centro de gravedad de la discusión sobre la interpretación jurídica se trasladó del derecho civil al constitucional y fue sustituida la epistemología analítica por los postulados de la hermenéutica (prudencial y dialéctica en vez de apodíctica y lineal), mucho más adecuados a estos contemporáneos perfiles jurídicos.²¹²

2. La interpretación y el modelo de subsunción lógica

En su afán de convertir el derecho en una “auténtica” ciencia según la idea que de ésta se tenía a principios del siglo XIX, el positivismo jurídico tradicional prescribió el modelo de subsunción lógica para la aplicación jurídica y así “fingió una racionalidad que no existe”.²¹³

²⁰⁸ Véase Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006.

²⁰⁹ Vigo, *op. cit.*, nota 45, p. 19.

²¹⁰ *Cfr.* Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 148, pp. 114-116.

²¹¹ *Cfr.* Treves, Renato, “Interpretazione del diritto e filosofia de la cultura”, en Rodríguez García, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, vol. II, p. 706; Ollero, Andrés, “Entre derecho natural y positivismo jurídico: el problema de la fundamentación del derecho”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, p. 874; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 148, pp. 109-111.

²¹² *Cfr.* García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 160-161, 166 y 186; Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 47, pp. 131-132; y *supra*, nota 186. Véase también García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, pp. 3406-3408 y 3411-3413.

²¹³ Kaufmann, *op. cit.*, nota 98, p. 73 (cursivas añadidas).

“Subsumir” quiere decir “[c]onsiderar algo como parte de un conjunto más o menos amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”,²¹⁴ de modo que el mencionado modelo implicaba dar a la aplicación del derecho la forma de un silogismo lógico cuya premisa mayor era la disposición legal a aplicar, la menor el elemento fáctico y de los cuales se concluía la conformidad o disconformidad de la consecuencia jurídica normativa al hecho.²¹⁵ Se pretendía que el operador jurídico —especialmente judicial— realizara una labor mecánica de mera constatación de la identidad parcial del hecho concreto que se le presenta, con el supuesto genérico previsto en el enunciado legal que aplicaba y cuyo significado se consideraba ya otorgado y no fruto de una elaboración *a posteriori* y *ad hoc*; por puro racionalismo formal y con el auxilio de las supuestas claridad y plenitud de la ley.²¹⁶

Es patente que actualmente el modelo de subsunción por sí solo no explica la aplicación jurídica ni puede sostener su metodología. Debido a la importante carga axiológica de las actuales disposiciones jurídicas y al reconocimiento de la intervención activa del operador, la aplicación del derecho ya no se agota en la mera subsunción lógica sino, en el mejor de los casos, ésta constituye sólo uno más de sus elementos entre otros más que si bien existían con anterioridad no tuvieron relevancia sino apenas hasta algunos años atrás.²¹⁷

Un modelo contemporáneo de aplicación jurídica, especialmente referido al ámbito jurisdiccional, distingue hasta seis diferentes elementos a considerar en esa operación:²¹⁸ 1) la determinación de la validez y aplicabilidad de la norma jurídica relevante; 2) la determinación del significado de esta norma, o sea su *interpretación*;²¹⁹ 3) la prueba de los hechos del caso y su descripción en el lenguaje de la norma aplicada; 4) la subsunción de los hechos del caso bajo la norma aplicada; 5) la determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos según la norma aplicada; y 6) la formulación de la decisión final de aplicación de la norma.

La subsunción lógica mantiene aún su lugar como “esquema lógico de aplicación de la ley”, pero entendido *a gran escala* y no con carácter exclusivo; un esquema en apariencia sencillo que dificultan la equivocidad de los textos jurídicos de los que se obtiene su premisa mayor y la variabilidad de los hechos que constituyen su premisa menor.²²⁰ Resulta indispensable que la metodología jurídica adopte esquemas lógicos de razonamiento y argumentación, porque así garantiza la rectitud de sus conclusiones a través del conocimiento de la estructura de su pensamiento y se clarifican sus contenidos irracionales;²²¹ por lo que difícilmente el modelo de subsunción será eliminado de la aplicación jurídica, mas ya advertimos no tiene en ella el papel protagónico (o monológico).

Que la subsunción constituye el insustituible esquema lógico de aplicación jurídica a gran escala, significa que esa operación se configura como una argumentación compleja, formada de múltiples razonamientos que sirven para la fundamentación de cada una de las premisas de aquel gran esquema y, así, del *discurso argumentativo total* que sostiene una determinada

²¹⁴ Real Academia Española, *op. cit.*, nota 17, voz: “subsumir”.

²¹⁵ *Cfr.* Merryman, *op. cit.*, nota 181, pp. 63-64.

²¹⁶ *Cfr.* Kaufmann, *op. cit.*, nota 98, pp. 29-30; y Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 7a. ed., München, C.H. Beck, 1999, p. 98.

²¹⁷ *Cfr.* Treves, *op. cit.*, nota 211, pp. 707 y 710.

²¹⁸ Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, ed. de Zenon Bańkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 31-35.

²¹⁹ *Cfr.* Brugger, *op. cit.*, nota 205, p. 1.

²²⁰ *Cfr.* Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 265.

²²¹ *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 341-342; y Mans Puigarnau, Jaime M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, p. 13.

conclusión sobre la aplicación del derecho a la realidad.²²² Las premisas y la conclusión del gran silogismo jurídico tradicional, son a su vez resultado de una argumentación propia a cada cual que las fundamenta, basada en diversas formas de razonamiento y apreciación del operador jurídico; aquí resulta útil la ya clásica distinción entre justificaciones *interna* y *externa* de las proposiciones jurídicas, refiriéndose la primera a la secuencia estrictamente lógica de las premisas del razonamiento a su conclusión, y la segunda a la corrección de las mismas.²²³

Las proposiciones normativas y fácticas que forman las premisas del silogismo jurídico tradicional, respectivamente resultantes de la interpretación y de la prueba de ciertos hechos, requieren sendas argumentaciones que las fundamenten. Éstas constituirían la justificación externa del gran silogismo en que imaginamos la aplicación jurídica, y su corrección o incorrección determinaría también la de este último aunque fuera impecable su rectitud formal de acuerdo con las reglas lógicas. Obviamente, la argumentación que concluye con la formulación de cada una de dichas premisas tiene a su vez que justificarse a través de otros razonamientos más o menos complejos que, para evitar el absurdo de que esta operación sea infinita, deba finalizar en ciertos juicios de percepción y experiencia basados en una ideología determinada,²²⁴ y aun tomar la forma de razonamientos abreviados.²²⁵

Podemos afirmar que metodológicamente la interpretación jurídica —entendida como acción y procedimiento— es la actividad que da significado a una disposición jurídica, reformulándola en un enunciado normativo que adherirá nuevos elementos a su sentido original,²²⁶ para comprenderla en una referencia contextual en que se busca aplicarla, usándola como premisa mayor del silogismo en consiste el esquema lógico de operación del derecho.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN INTERPRETATIVA

1. *La decisión interpretativa*

Según la hemos definido, la interpretación jurídica consiste en establecer el significado de las disposiciones jurídicas en un determinado contexto, que califica normativamente la conducta de los sujetos a quienes se dirige. La identificamos entonces con la que Wróblewski califica como interpretación *sensu largo*, o sea la determinación del significado de cualquier expresión lingüística, ya sea que éste resulte claro o presente dificultades para establecer su sentido,²²⁷ porque en ambos casos la esencia de la actividad del intérprete es en última instancia la misma, variando sólo en cuanto a la cantidad y calidad de recursos argumentativos que deberá poner en juego para justificar el sentido que reconozca al texto que interpreta.²²⁸

El concepto de interpretación que acabamos de dar es independiente de la teoría a que nos acojamos. Sabemos que existen dos concepciones contrarias sobre la naturaleza de la interpretación jurídica: una opina que la interpretación consiste en *descubrir* el significado que

²²² Cfr. Kaufmann, *op. cit.*, nota 98, pp. 73-74; y Luzzati, *op. cit.*, nota 50, pp. 449-451. Sobre la figura discursiva de la argumentación jurídica, véanse Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 32 y 224; y Plantin, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 33-34.

²²³ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 57; y Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 273 y ss. Véase Atienza, *op. cit.*, nota 77, p. 149.

²²⁴ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 268. Véase *infra*, § IV.4.

²²⁵ Véase Mans Puigarnau, *op. cit.*, nota 221, pp. 119-125.

²²⁶ Cfr. Treves, *op. cit.*, nota 211, p. 709.

²²⁷ *Op. cit.*, nota 36, p. 22.

²²⁸ Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 34.

objetivamente tiene el texto; la otra defiende que la interpretación es una *atribución* de un significado al texto por el sujeto, dependiente de circunstancias particulares de éste y no de elementos objetivos del mensaje lingüístico.²²⁹ Aunque parten de bases y postulados contradictorios, en nuestra opinión ambas conllevan siempre la idea de *dar significado*²³⁰ al texto interpretado mediante una *decisión* que al respecto toma el sujeto; a partir de ciertos motivos el intérprete decide que el texto cuyo significado establece y la voluntad de su autor, tienen objetivamente tal o cual sentido y no otro, o bien por sí mismo construye su significado.

Por lo menos en lo que respecta a la interpretación operativa, o sea aquella que sirve a la aplicación jurídica, el carácter más o menos general de la disposición normativa cuyas consecuencias se busca que correspondan a un hecho fáctico, no permite una inmediata adecuación entre éste y el sentido del texto que contiene esa disposición, pues siempre existe un cierto grado de indeterminación que impide la plena identidad entre dicha norma en su fórmula general y el hecho que se intenta subsumir en ella, haciendo necesaria la concretización de aquélla según las particularidades de éste.²³¹ “[L]as normas jurídicas deben entenderse y precisarse en relación con los ámbitos reales (*Lebensbereiche*) que regulan”²³² y en ello radica la necesidad de su interpretación para crear por un lado correspondencia entre la norma jurídica y su ámbito real de pretendida aplicación y, por el otro, una cierta diferencia entre esta concretización y su formulación genérica original; la intervención del hecho al cual se pretende aplicar una norma jurídica en la espiral hermenéutica que describe el procedimiento de interpretación, y especialmente la representación que de su conjunto se forma el intérprete a través de su contacto con ellos y sus precomprensiones, determina las alternativas de significado que puede darse a la disposición interpretada.²³³

En la traslación de la disposición general indeterminada a un enunciado normativo que con precisión se refiera a los hechos a los que se pretenda aplicarlo, surge una diferencia esencial entre aquélla y el nuevo registro al que se traduce, creando entre ellos un “espacio liminal” de amplitud variable, determinado por la perspectiva con que se otorga significado al texto interpretado.²³⁴ Los diversos puntos de este espacio liminal constituyen tantas opciones de significado que se pueden atribuir a la disposición traducida a la realidad, localizadas dentro de un cierto “marco” —para decirlo con Kelsen— que desmiente la postura tradicional de existencia de *un solo significado posible* de los textos.²³⁵

Entonces, por la posibilidad de optar entre varios significados que admite la disposición jurídica para la aplicación de sus consecuencias a un hecho determinado, el intérprete establece su sentido por un *acto de voluntad* que realiza seleccionando una sola de tales alternativas, en el cual consiste lo que se ha llamado *decisión interpretativa* y que se expresa en un enunciado de la siguiente forma: “la disposición D tiene el significado S”, como ya se mencionó.²³⁶

²²⁹ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 18; y Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 7.

²³⁰ El término “atribución” se emplea generalmente en la teoría de la interpretación jurídica con una connotación peyorativa que lo adscribe a la postura equivocista; nos parece que los vocablos “dar” o “dotar” pueden tener un uso neutral que no los identifiquen necesariamente con alguna postura interpretativa. Cfr. Rentería, *op. cit.*, nota 92, pp. 49-50.

²³¹ Cfr. Kelsen, *op. cit.*, nota 196, pp. 349-352; Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 309; Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 153; Rentería, *op. cit.*, nota 92, p. 53; y Zippelius, *op. cit.*, nota 216, pp. 98-101.

²³² Zippelius, *op. cit.*, nota 216, p. 100.

²³³ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 309-310; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 149.

²³⁴ Cfr. Iser, *loc. cit.*, nota 163.

²³⁵ Cfr. Kelsen, *op. cit.*, nota 196, pp. 351-352.

²³⁶ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 18; *idem*, *op. cit.*, nota 218, p. 93; Kelsen, *op. cit.*, nota 196, p. 354; Guastini, *loc. cit.*, nota 68; y Modugno, *op. cit.*, nota 31, pp. 93-94.

2. En busca de la decisión interpretativa “correcta”

A. Posible diversidad de significados

Hemos caracterizado la interpretación jurídica como un fenómeno de dotación significativa a elementos lingüísticos. Si bien ésta podría no ser una definición omnicomprendensiva, al haber otros elementos jurídicos susceptibles de interpretación en un sentido *largissimo* de acuerdo con Wróblewski (costumbres, contratos sin forma escrita, las luces del semáforo o las señales del policía de crucero, etc.) por no manifestarse a través de enunciados lingüísticos;²³⁷ el significado de los “documentos jurídicos” es el que más ha inquietado a la ciencia del derecho porque constituyen el material con que mayormente trabajan los juristas y dada la trascendencia que tienen en el ordenamiento por expresarse forma lingüística los textos jurídicos de mayor jerarquía como la Constitución y la ley.

“Hoy todas las concepciones conscientes de la existencia de la semiótica jurídica admiten [...] la presencia ineliminable de un margen de discrecionalidad interpretativa, mayor o menor, en *todas* las disposiciones jurídicas”,²³⁸ ello deriva de que toda expresión lingüística tiene un cierto grado de imprecisión semántica, que ocasionan problemas de *vaguedad* —que en sentido amplio incluiría la llamada “*textura abierta*”— o *ambigüedad*.²³⁹ La primera se refiere a la dificultad de determinar la extensión del sentido de un concepto, es decir la que se da cuando siendo más o menos clara la idea que un término evoca, haya dificultad en establecer si un objeto cabe en él;²⁴⁰ puede darse por motivos semánticos (por la generalidad de la idea), sintácticos (de acuerdo a la estructura de la lengua y aun sus signos de puntuación) o incluso puede darse en su validez (en tanto exista alguna antinomia).²⁴¹ La ambigüedad es aneja a la polisemia o equivocidad, que se da cuando un solo término denota objetos distintos, ocasionando esta variedad semántica que no sea fácil saber a cuál de ellos se refiere —el contexto puede ser útil, mas no siempre—.²⁴²

Es comúnmente referida la aplicación por Hart al derecho, de la idea de Friedrich Waismann sobre la “*textura abierta*” del lenguaje según la cual “ningún concepto está delimitado de modo que no qued[e] ninguna duda. Proponemos un concepto y lo delimitamos en *algunas* direcciones”.²⁴³ Dicha “*textura*” es una cualidad natural e inevitable de los códigos lingüísticos, los cuales presentan una “*vaguedad potencial*” en cuya virtud “a[u]n las palabras más precisas suscitan dudas ante circunstancias insólitas o imprevisibles”,²⁴⁴ sobre todo gracias a ella y sin importar lo que se esfuerce su autor por precisar su sentido, los términos o enunciados de un texto jurídico pueden tener una *pluralidad de significados*, lo que destierra la postura tradicional que sólo admite una extensión semántica unívoca a los signos lingüísticos.

²³⁷ Cfr. Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, pp. 38-39.

²³⁸ Mario Jori, citado en Rentería, *op. cit.*, nota 92, p. 45 (cursivas añadidas). Véase también Modugno, *op. cit.*, nota 31, p. 77.

²³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 78; e Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, p. 39. Para una referencia general sobre estas nociones, véase Hallivis, *op. cit.*, nota 28, pp. 452-460.

²⁴⁰ Modugno, *op. cit.*, nota 31, pp. 78-79.

²⁴¹ Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 134-135. Véase también Modugno, *op. cit.*, nota 31, pp. 79-88.

²⁴² *Ibidem*, pp. 78 y 88; e Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, p. 41.

²⁴³ Waismann, Friedrich, “Verificabilidad” (trad. de Paloma Villegas), en Parkinson, G.H.R. (ed.), *La teoría del significado*, México, FCE, 1976, pp. 61-62, citado en Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, p. 201 (cursivas en el original). Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 155-169.

²⁴⁴ Hallivis, *loc. cit.*, nota 118.

Como se advierte, la vaguedad *stricto sensu* y la “textura abierta” están relacionadas, pero deben distinguirse con toda precisión:

“[ésta] es inherente a todos los conceptos, incluso a los más precisos. [...] requeriría que cualquier caracterización tuviera en mente todas y cada una de sus posibilidades de aplicación pasadas, presentes y futuras, así como las reales y las hipotéticas; la vaguedad, en cambio, se predica cuando nos encontramos efectivamente ante un caso dudoso, situado en la zona de penumbra del concepto”.²⁴⁵

La “vaguedad” en sentido estricto se aparta de la natural “textura abierta” en que “se configura como un problema cuantitativo y no como un problema cualitativo, porque *todos los términos son más o menos vagos*”: los conceptos “vagos” *stricto sensu* tienen una desproporcionada “porosidad” respecto de los que no lo son. Por otra parte, una objeción a la “textura abierta” ha sido la absoluta precisión de los “términos numéricos y su lógica”, pero basta responder a ella que no hay que confundir la dimensión “puramente sintáctica del cálculo” con la “semántica”.²⁴⁶

Esta pluralidad de alternativas de significado orilla al intérprete jurídico a elegir una entre ellas, mediante la decisión interpretativa correspondiente que tiende a culminar la aplicación del derecho. Por su empleo para la creación de un elemento adicional y más específico del sistema jurídico, esta elección de significado adquiere carta de naturaleza en dicho sistema y pasa a formar parte de él, adquiriendo por ello validez jurídica; aunque sólo fuera formalmente, debe existir sólo una alternativa “correcta” de decisión interpretativa —es decir “mejor” que otras— y la cual es necesario distinguir de las que son “incorrectas” y por consiguiente se les negará validez jurídica; distinguiremos entonces entre una interpretación “válida” en el sentido apuntado y las “permisibles, admisibles o razonables” —las cuales también en hermenéutica general también se califican de “válidas”— que aun dentro de su diversidad son más ajustadas al texto que otras.²⁴⁷

B. Métodos, criterios y directivas de interpretación

Corresponde a Friedrich Carl von Savigny el mérito de “elaborar un [primer] dispositivo doctrinal metodológico que encierra los principales criterios según los cuales deben los juristas interpretar la ley”.²⁴⁸ Particularmente a la vista del especial tratamiento que da a la interpretación de leyes defectuosas e incompletas,²⁴⁹ con este autor se nota claramente la caída del mito de la “claridad” legal a que aspiró el positivismo jurídico en sus primeros tiempos, desencanto que hizo surgir la necesidad de procedimientos interpretativos metódicos que eviten la arbitrariedad en la aplicación de la ley.²⁵⁰

Para Savigny la interpretación legal no es diferente a la de cualquier otra expresión de pensamiento, sino por los particulares elementos que deben distinguirse en su objeto: *gramático, lógico, histórico y sistemático*; que no constituyen cuatro especies de

²⁴⁵ Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, p. 40.

²⁴⁶ Luzzati, *op. cit.*, nota 50, pp. 579-580 (cursivas en el original del texto transcrito).

²⁴⁷ Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, pp. 53-55.

²⁴⁸ Cfr. Stamatis, Constantin M., *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, Paris, Publisud, 1995, p. 187. Véase también Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 288.

²⁴⁹ *System des heutigen römischen Rechts*, 2a. reimpr. facsimilar de la ed. berlina de 1840, Aalen, Scientia, 1981, vol. I, pp. 222 y ss.

²⁵⁰ Cfr. Cárdenas, *op. cit.*, nota 186, p. 22.

interpretación, sino “diferentes funciones que deben actuar unidas” para “reconstruir el pensamiento que habita en la ley” y “reconocer la ley en su verdad [...] a través de la aplicación de un procedimiento regular” —en lo que para ese autor consiste la interpretación—. ²⁵¹ Sin bien estos cuatro elementos se reconocen clásicamente como los establecidos por Savigny, creemos que habría de añadirse otro a ellos: el *teleológico* correspondiente al motivo de disposición interpretada (*ratio legis*), que “sólo con gran precaución es admisible usar”. ²⁵²

Como puede advertirse, es falsa la creencia generalizada de que Savigny es el “padre” de los “métodos” de interpretación jurídica como tales; el jurista alemán no propuso diferentes procedimientos para conocer la ley “en su verdad”, de uso intercambiable según el deseo y las necesidades del intérprete, sino destacó *cuatro diferentes aspectos de la ley* —de la “disposición jurídica” diríamos hoy— a tomarse en cuenta al desentrañar su sentido y que fundan tantas “perspectivas” o “criterios” —también llamados “cánones”— que pueden usarse en ello, ²⁵³ y que se integran todos a *un único procedimiento interpretativo posible*. ²⁵⁴

Nos parece fundamental esta diferencia entre “métodos” y “criterios”, que admitimos según la prevaleciente acepción de aquel término: un “procedimiento de investigación ordenado, repetible y autocorregible, que garantiza la obtención de resultados válidos”. ²⁵⁵ Ninguno de los “métodos” atribuidos a Savigny son tales procedimientos sino sólo aspectos del texto que guían la interpretación jurídica haciendo ver su objeto desde una determinada perspectiva, “criterios” desde los cuales se forma un juicio *prima facie* sobre el significado de la disposición jurídica; Larenz los considera “*puntos de vista metódicos* que han de ser todos tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación puede deber abrigar la pretensión de rectitud”. ²⁵⁶

Introduciéndonos ya un poco a temas sucesivos, nos parece dudable la naturaleza “metódica” —en la susodicha acepción— de tales criterios de interpretación, dada la posibilidad de que obtengan resultados muy diferentes, ²⁵⁷ la cual origina una aporía que

²⁵¹ *Op. cit.*, nota 249, pp. 207, 213 y 215.

²⁵² *Ibidem*, p. 220.

²⁵³ Aquí se da un verdadero “juego de palabras” que es preciso esclarecer. “Criterio” puede entenderse como “norma para conocer la verdad” tanto en el lenguaje común como en el filosófico dentro del que Kant bautizó ese mismo concepto como “canon”; ahora bien, con un poco de flexibilidad, puede tenerse por “criterio” un discernimiento (opinión) por el cual se ven los objetos con unas cualidades distintivas y no otras; es decir una “perspectiva”. Pero todos esos términos (“criterio”, “canon” y aun “perspectiva”) pueden reducirse —también con alguna lenidad— a ser sinónimos de “guía” u “orientación” de las decisiones humanas y por lo tanto de la interpretación jurídica; el último también aspira a ello porque se trata de un “punto de vista” que es preciso respetar para la corrección de la actividad interpretativa. Véanse Real Academia Española, *op. cit.*, nota 17, voz: “criterio”; y Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “criterio”.

²⁵⁴ *Cfr.* Stamatis, *op. cit.*, nota 248, p. 188.

²⁵⁵ Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “método”. Según este autor, “método” también es una determinada “orientación de la investigación”, pero esta última acepción ya no es habitual en el “uso moderno y contemporáneo”; quizá por ello tradicionalmente se denominaron “métodos” o “cánones” —término tan usado en Alemania, a lo mejor por influencia kantiana, como el anterior para nosotros— los distintos aspectos de las disposiciones jurídicas que sirven a su interpretación y la “orientan”, a los cuales damos el nombre de “criterios” o “perspectivas”.

²⁵⁶ *Op. cit.*, nota 79, p. 316 (cursivas añadidas).

²⁵⁷ *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 19. Un muy buen ejemplo de resultados diametralmente opuestos a los que se llega con el uso de diferentes criterios, lo da Perelman al preguntar si puede aplicarse la agravante de nocturnidad establecida en el Código Penal, al “robo cometido a media noche en un casino brillantemente iluminado”, evidenciando que la respuesta “dependerá de si se prima la letra o el espíritu de la ley”, es decir si se interpreta literal o teleológicamente el precepto relativo; “Qu’est-ce que la logique juridique?”, en *Le champ de l’argumentation*, Bruselas, 1970, p. 135, referido en Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 138, p. 507, n. 18.

impide darles esa calidad: o sus resultados no son concluyentemente válidos porque en abstracto puede serlo uno u otro; o sólo alguno de ellos es el procedimiento “correcto”, lo que también sería inviable ya que los aspectos gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico son diferentes cualidades inherentes al texto jurídico, de manera que entronizar a uno solo conlleva pasar por alto los otros y desnaturalizar los elementos del derecho.

Pensamos que la solución es tener dichos “métodos” o “cánones” como simples “orientaciones” de la interpretación —acogiéndonos a una ya desacostumbrada acepción de aquel término—, que pueden darse en *un solo procedimiento metódico* en el sentido técnico y estricto arriba señalado.²⁵⁸ Con lo anterior apenas comienzan los problemas: si dichos criterios tienen presencia en el método de la interpretación jurídica ¿cómo se establece la prevalencia de uno sobre otro?, y más generalmente ¿cuál es el procedimiento metódico que debe seguir esa actividad? Los siguientes epígrafes intentarán responder estas interrogantes, pero antes conviene hacer algunas precisiones adicionales.

El primer problema de los diversos “métodos” o “criterios” de interpretación es el relativo al catálogo de los mismos; a los clásicamente establecidos por Savigny, se han añadido “nuevos” criterios o métodos.²⁵⁹ Nos parece una clasificación concisa pero integral y que no incurre en sutilezas innecesarias, la de Winfried Brugger que incluye los criterios *textual*, *contextual*, *histórico* y *teleológico*, no del todo identificables con los de Savigny y sobre los cuales a grandes rasgos predomina cierta unidad doctrinal.²⁶⁰

De los diferentes criterios de interpretación se desprenden las “directivas interpretativas”, que en sentido amplio son “reglas para determinar el significado del texto interpretado”,²⁶¹ tales se caracterizan por su concreción y su formulación prescriptiva, y son llamadas también “máximas” o “principios” que constituyen lugares comunes de la argumentación interpretativa. Ejemplos de ellas son las locuciones muy recurridas en el lenguaje jurídico: “donde la ley no distingue no debe distinguirse”, “un mismo término no debe tener significados diferentes”, “debe preferirse la intención del legislador”, “debe tenerse en cuenta primeramente el texto de la ley”, “las excepciones deben entenderse restrictivamente”, etc. Existen dos géneros de directivas interpretativas: las de “primer nivel” indican cómo debe el intérprete dar significado a un texto, y las de “segundo nivel” contienen las especies relativas a las directivas de “procedimiento” que señalan la secuencia en el empleo de las directivas de primer nivel, y las de “preferencia” que determinan la elección de una dotación de significado cuando diversos criterios y sus directivas producen resultados diferentes.²⁶²

Por otra parte, si bien una de las más importantes tareas de la interpretación jurídica es eliminar contradicciones en el ordenamiento jurídico,²⁶³ tampoco deben confundirse los criterios de interpretación con los relativos a la solución de antinomias, que serían más bien directivas adscritas a una perspectiva sistemática²⁶⁴—. Las antinomias jurídicas son un problema inicialmente en torno a determinar la disposición relevante como primer acto del

²⁵⁸ *Supra*, nota 255.

²⁵⁹ Véanse como ejemplos: Alexy, *loc. cit.*, nota 257; Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 316 y ss.; Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, pp. 96 y ss.; y Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 176.

²⁶⁰ *Op. cit.*, nota 205, pp. 21 y ss.

²⁶¹ Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, pp. 35-36. “Las directivas interpretativas no son otra cosa que reglas semánticas (reglas del sentido) que muestran cómo precisar, en un caso concreto, el sentido dudoso de una expresión”, *idem*, *op. cit.*, nota 218, p. 160.

²⁶² Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 36; e *idem*, *op. cit.*, nota 218, p. 91.

²⁶³ *Cfr.* Larenz, *op. cit.*, nota 79, p. 309.

²⁶⁴ *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 138, p. 447.

procedimiento total de la aplicación jurídica,²⁶⁵ para cuya solución puede servir una interpretación delimitante de los ámbitos semánticos de las disposiciones a primera vista en pugna,²⁶⁶ resolviéndose dicha oposición en realidad por el llamado criterio de especialidad²⁶⁷ habiéndose establecido interpretativamente que una de las normas en contradicción es genérica y la otra específica.²⁶⁸ La interpretación jurídica en la solución de antinomias no difiere de la que indaga el sentido de una disposición para su aplicación a un hecho real o hipotético, sino son procedimientos que ocupan diferente lugar en el esquema argumentativo de la aplicación jurídica, o si se prefiere una que se contienen dentro de una interpretación del derecho de mayores alcances.

Asimismo, hay que precisar que la aplicación analógica de disposiciones jurídicas no es un “método” sino una “técnica” de interpretación, es decir un simple recurso del que se vale esta actividad. Como “la aplicación analógica de una norma supone la previa individualización del principio en que se funda”,²⁶⁹ el cual establece la afinidad entre el supuesto regulado y el caso particular al que no responde ninguna disposición, y por cuya virtud se determina una misma *ratio* normativa para ambos que es lo verdaderamente esencial de esta técnica; la referencia por inducción a dicho principio es una forma de dar significado al ordenamiento jurídico, sistemáticamente considerado —llámesele “creación” o mero “descubrimiento”; toda interpretación es algo de ambas—. La analogía es una especie de la interpretación por principios, que se da cuando es implícito el que rige en el caso concreto —si fuera explícito nos hallaríamos ante una simple aplicación de los amplísimos términos de una disposición principal—; sirve al procedimiento amplio de interpretación de la aplicación jurídica, estableciendo la semejanza entre lo previsto e imprevisto que enlaza su posible subsunción en un principio general, aunque para dar con éste se sirve de un procedimiento interpretativo menor de la disposición en que se apoya.²⁷⁰

3. Ideología y valoración

El empleo de cada criterio de interpretación puede dar lugar a resultados coincidentes o no al dar significado a la disposición jurídica, originando diferentes tipos de interpretación —recordemos que este término designa tanto la acción como el resultado de esta actividad—, denominados igual que el criterio por el que se formularon (literal, sistemática, etc.); ante esta

²⁶⁵ Véase Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, pp. 31 y 75 y ss.

²⁶⁶ “...la propia tarea de identificación del Derecho presupone una valoración o, si se quiere, una serie de interpretaciones previas”, Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 215.

²⁶⁷ También se pueden resolver las antinomias por criterios formales independientes del contenido de la norma como el jerárquico, el de competencia y el cronológico, aunque siempre será necesaria la interpretación de disposiciones de que se trate, siquiera en un grado superficial, para constatar la misma existencia de la oposición de sus normas. Véanse Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 74-83; Modugno, *op. cit.*, nota 31, pp. 135-147; y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. de Liliana Rivera Rufino, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, p. 48.

²⁶⁸ “...las antinomias se presentan entre normas y no entre disposiciones...”, *ibidem*, p. 26.

²⁶⁹ Guastini, Riccardo, “Analogía” (trad. de Marina Gascón), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 98.

²⁷⁰ *Cfr.* Rodríguez García, Fausto E., “La analogía en el derecho”, en Rodríguez García, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, vol. II, pp. 633-634; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 138, pp. 19 y 479-480; y Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 98. Véase *infra*, cap. segundo, § IV.2.A.c.

diversidad puede resultar arbitraria la selección del criterio a prevalecer; por lo tanto, “más importante que el problema del número de cánones [de interpretación] es el de su jerarquía”.²⁷¹

El solo uso de criterios y las directivas de interpretación no es base suficiente para establecer la corrección de una determinada decisión interpretativa. Lo anterior se ve especialmente en las directivas de segundo nivel; ellas solamente *prescriben* que un significado deba tomarse en cuenta antes que otro(s), pero *no justifican por sí mismas por qué ello debe ser así y no de otro modo*; tales razones deben buscarse en elementos trascendentes a dichos criterios y directivas.

En última instancia, una decisión interpretativa se justifica por su conformidad a una determinada *ideología de la interpretación*,²⁷² a un conjunto de fines y valores que orientan la actividad interpretativa y establecen parámetros para calificar su corrección; que en tanto sea más elaborado y sistematizado puede aspirar a constituirse en una “teoría normativa de la interpretación jurídica”.²⁷³ La aceptación de una determinada ideología y de las valoraciones²⁷⁴ que implica, tiene un papel determinante en la interpretación jurídica porque a partir de ello se establecen los fines de ésta, formulan directivas concretas de interpretación y aun ordena cierta prelación y jerarquía entre ellas.²⁷⁵

La formulación de una determinada ideología de la interpretación jurídica implica que se sostenga en proposiciones éticas y axiológicas que no se obtienen solamente por un procedimiento lógico-formal, lo que ha admitido incluso el positivismo más recalcitrante. Kelsen sostuvo que no puede hablarse de un “método” de interpretación “caracterizable juridicopositivamente” como aquel que conduzca a la elección “correcta” del significado de las disposiciones jurídicas, sino que la “corrección” de una decisión interpretativa es un “problema político” que se resuelve por “otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera”.²⁷⁶

Tales proposiciones morales en que se funda una ideología interpretativa, son establecidas por las fuentes jurídicas autorizadas para ello según las reglas de reconocimiento²⁷⁷ de un determinado sistema jurídico. Podemos hallar aquéllas expresamente formuladas en textos normativos bajo la forma de cláusulas interpretativas que ordenan la prevalencia de cierto criterio de interpretación o de sus directivas, o implícitamente contenidos en los materiales jurídicos y (re)construidos por la jurisprudencia y la ciencia jurídica.²⁷⁸

²⁷¹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 19.

²⁷² “...muchas directivas interpretativas son concurrentes y su aplicación conduce a una determinación diferente del significado. Se ha de elegir entre estas directivas, y *la base última de elección aparece como la aceptación de una ideología...*”, Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 63 (cursivas añadidas).

²⁷³ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, p. 164; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, pp. 70-71.

²⁷⁴ Pueden matizarse el alcance de las valoraciones y aun confinarla a aspectos parciales de la decisión judicial, según se requiera esclarecer el significado de una expresión con “propiedades valorativas” o referirse a “propiedades empíricas”, porque “[u]na cosa es valorar datos fácticos para adscribir significado a una expresión, y otra cosa es suscribir juicios de valor para adscribir significado a una expresión”; sin embargo opinamos que la norma resultante de la interpretación, como habrá de subsumirse lógicamente al enunciado general de la disposición de que se obtiene, directa o indirectamente dependerá de una “valoración” aun cuando dicho enunciado no se hubiera referido a conceptos axiológicos. Cfr. Navarro, Pablo E., Andrés Bouzat y Luis M. Esandi, “Interpretación y aplicación de normas penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 94-95.

²⁷⁵ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, p. 168.

²⁷⁶ Cfr. *op. cit.*, nota 196, pp. 352-354.

²⁷⁷ Véase *supra*, nota 47.

²⁷⁸ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, p. 165.

Además de los fines y valores que deben regir el procedimiento de interpretación jurídica, en ésta también intervienen los aspectos axiológicos propios de la misma disposición a interpretar, particularmente cuando incluye expresamente conceptos éticos como: dignidad humana, justicia, buena fe, etc.; estas partículas deben ser consideradas por el intérprete y ellas incluso pueden enunciar directivas de interpretación.²⁷⁹ Toda disposición jurídica —y las normas que resultan de su interpretación—, responde a determinados fines y valores, y ello es inevitable;²⁸⁰ este aspecto es de gran relevancia para la interpretación jurídica porque en ella, como señala el profesor García de Enterría, “*se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la Ley, [y] deben por fuerza manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones*”, lo cual corrobora que la interpretación y la aplicación jurídicas no son procedimientos mecánicos y lógico-formales exclusivamente.²⁸¹

Hasta el momento hablamos de un concepto de ideología de la interpretación jurídica referido a un especial punto de vista general sobre el derecho y la labor del intérprete, que interviene en todo acto de dotación de significado a una disposición jurídica; pero también debe tenerse en cuenta que hasta donde dicha ideología general lo permita dado su carácter normativo,²⁸² es inevitable que incida en la interpretación jurídica la ideología personal del sujeto al menos participando en la formación de su precomprensión.

4. *El método de la interpretación jurídica: la argumentación dialéctica*

A. *El procedimiento interpretativo del derecho*

Atender en la interpretación del texto jurídico a uno de sus aspectos —o a varios de ellos— (textual, contextual, histórico o teleológico), como vimos, no constituye propiamente un “método” de esa actividad porque no erige por sí solo un “procedimiento de investigación ordenado, repetible y autocorregible, que garantiza la obtención de resultados válidos”,²⁸³ la respuesta a la cuestión sobre la esencia metodológica de la interpretación jurídica debe estar en otra parte, con mayor precisión: más allá de los simples criterios mencionados.

Todo procedimiento se desarrolla mediante la sucesión de diversos actos tendientes a lograr sus fines; la interpretación no puede ser ajena a esto y si la queremos caracterizar como un procedimiento científico que se realiza a través de un método, no hay salida a pensar que ella consiste en un curso de acción bien definido —aunque no por ello rígido— por el que debe transitar el intérprete. La corrección de tales pasos se determina por un discurso argumentativo que consiste en un “acto de habla” que un sujeto dirige a otro, el cual expresa “buenas razones” para que éste, derivándolo de determinadas situaciones aceptadas, concluya la admisión de otras antes rechazadas o dudosas, y actúe conforme a ellas.²⁸⁴ Referiremos primero las etapas que sigue el procedimiento hermenéutico general, sin aludir a su

²⁷⁹ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, pp. 63-64.

²⁸⁰ Véase Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, pp. 379-382.

²⁸¹ *Op. cit.*, nota 183, p. 45 (cursivas añadidas).

²⁸² Nos referimos a una permisión en doble sentido: 1) que al tener carácter normativo una determinada ideología de la interpretación jurídica, ésta postula simplemente un “deber ser (*Sollen*)” y no un “tener que ser (*Müssen*)” como acontece en los fenómenos naturales, que por supuesto puede contravenirse; y 2) que la misma ideología puede autorizar al intérprete a emplear sus valoraciones personales.

²⁸³ *Supra*, nota 255.

²⁸⁴ Plantin, *op. cit.*, nota 222, pp. 14 y 39.

justificación argumentativa y otros aspectos menores sobre los que nos detendremos sino al explicar aquel método para el campo jurídico.²⁸⁵

Ortiz Osés afirma que el proceso hermenéutico consta de tres pasos, asociados a la sutileza entendida como “encontrar siempre una posibilidad en donde los otros no la [vean]”: 1) la sutileza de intelegir (*subtilitas intelligendi*), 2) la de explicar (*explicandi*) y 3) la de aplicar (*applicandi*). Apartándonos pero no mucho del pensamiento de Beuchot, pensamos que la primera etapa corresponde a la “dimensión semiótica” de la interpretación, ya que inteligir — en todas las direcciones de la palabra— el sentido del texto y establecer sus implicaciones, se da por una actividad semiótica en los tres niveles de esa área del conocimiento:²⁸⁶ el estrictamente semántico establece los posibles objetos que designa cada término; el sintáctico, las relaciones que dan sentido a la forma en que los términos se articulan en un enunciado; y el pragmático, trae a este análisis los usos dentro de la comunidad que podrían asociarse a los enunciados del texto para atribuirles algún sentido; con el examen anterior la semiótica agota su función dentro de la interpretación; su labor se reduce a establecer el o los sentidos posibles del texto y explicarlos, no lleva a su comprensión dentro del contexto en el que éstos servirán y lo cual es ya labor propia de la hermenéutica.²⁸⁷ En el paso correspondiente a la *subtilitas explicandi*, el sentido abstracto del texto se lleva a una referencia, un “primer contacto”²⁸⁸ para establecer los grados de su correspondencia con el mundo (real o ficticio), adicional a los que sirvieron a formar la precomprensión del intérprete y la perspectiva desde que abordó el texto;²⁸⁹ en él se da un examen de las formas en podría insertársele en el contexto al cual se quiere “traducir”. Finalmente, toca a la *subtilitas applicandi* culminar dicha inserción y comprender el sentido del texto en el contexto al cual se le ha encontrado referencia.

Esta metodología, sin embargo, “no es cerrada y fija”. Para empezar, como en este procedimiento interviene la subjetividad del intérprete y sus precomprensiones, formadas por un cuestionamiento inicial sobre los objetivos que en el momento persigue su actividad y los sentidos e interpretaciones previamente conocidos del texto; aunque los anteriores elementos hayan de integrarse en la actividad hermenéutica, el orden de su examen podría variar o hacer que se mezclen, de manera que lo anteriormente expuesto tiene carácter solamente esquemático. En el mismo tenor, la interpretación puede descansar sobre algunos “principios” con los que se estructura su realización; pero su catálogo no es inmutable sino puede crecer e incluir matizaciones y precisiones de los que tengan carácter general, “al paso que la experiencia interpretativa nos enseña y alecciona”. Por estas razones puede verse la hermenéutica como una *ciencia* que sistematiza el conocimiento sobre el acto interpretativo, y también como un *arte* basado en técnicas cuyo uso depende también de la sutileza del sujeto que lo practica.²⁹⁰

La interpretación jurídica no se aparta del anterior esquema general. En ella también se inserta la precomprensión del intérprete, la cual resulta determinante para la realización y culminación de esa actividad.²⁹¹ Nuevamente sólo para esquematizarla, la interpretación jurídica se desarrolla en una dimensión semiótica y otra estrictamente hermenéutica: la primera analiza los factores semánticos, sintácticos y pragmáticos del texto y establece una

²⁸⁵ Para la siguiente exposición, véase Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 19-20, 24-27 y 31-34.

²⁸⁶ *Cfr. idem, op. cit.*, nota 17, p. 8.

²⁸⁷ *Supra*, nota 109.

²⁸⁸ *Cfr. Eco, op. cit.*, nota 18, p. 247.

²⁸⁹ Véase *supra*, nota 152.

²⁹⁰ Véase Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “técnica”.

²⁹¹ Véase *infra*, nota 401.

conclusión explicativa sobre su sentido,²⁹² la segunda inserta éste en el contexto al cual se aplicará (judicial sobre todo, pero también legislativo, administrativo y dogmático), de acuerdo con las particularidades de cada uno de ellos.²⁹³

La aceptación de los resultados de la interpretación del derecho como la cualquier otra, es decir su “validez”, se funda en una argumentación que provee las razones para ella, de lo contrario habría que aceptarla por pura “intuición o por emotivismo”; así que “[l]a misma hermenéutica está vinculada con la argumentación, sobre todo retórica —como quieren Gadamer y Ricoeur—, en el sentido de que tenemos que convencer de nuestra interpretación”, y de tal manera a toda interpretación corresponde una argumentación que la sostiene.²⁹⁴ La relación entre argumentación e interpretación jurídicas es intrincada, porque se encuentran íntimamente relacionadas y alcanzan a tocarse: “a veces se va de la interpretación a la argumentación, y a veces de la argumentación a la interpretación”, y ambas se requieren mutuamente aunque en los diversos niveles de mera interpretación y de acto de aplicación general del derecho; comencemos por establecer que la interpretación generalmente puede referirse a la significación de las fuentes jurídicas o de otros objetos (medios probatorios, hechos, etc.), pero según el objeto de este trabajo es claro que nos referiremos primordialmente a la aquélla y de su propia justificación.²⁹⁵

Según Aristóteles, la retórica es la “facultad de hacer contemplar lo persuasivo, admitido respecto a cada particular”, que permite dar razones en pro y en contra de una determinada posición que se califican según “las cosas verdaderas y las mejores [que siempre] son por naturaleza de mejor inferencia y más persuasivas”; “obra de ellas no es el persuadir, sino el hacer ver las cosas persuasivas que existen respecto a cada [objeto y asunto]”.²⁹⁶ La retórica es, de acuerdo con lo anterior, el “arte de persuadir mediante el uso de instrumentos lingüísticos”;²⁹⁷ basta poca flexibilidad para decir que argumentación —según la definición que dimos— y retórica son lo mismo,²⁹⁸ lo cual requiere aclaración.

El Estagirita dice que la retórica es “antístrofa (αντίστροφος)” a la dialéctica, a un “diálogo razonado” entre el proponente de una posición y aquel a quien éste desea convencer de asumirla,²⁹⁹ lo cual quiere decir que ambas mantienen una relación en la que se implican mutuamente: no puede entenderse la retórica (construcción de un discurso dirigido a otra persona) sin insertarla en un contexto dialéctico (antítesis) mucho más amplio, al cual responda; pero éste no puede dejar de incluir discursos tendientes a la persuasión, que lleven a decidir esa oposición; la argumentación —y sobre todo la jurídica— siempre se da en una situación (actual o potencial) problemática.³⁰⁰ Sin embargo, lo estrictamente retórico y

²⁹² Cfr. Luzzati, *op. cit.*, nota 50, pp. 563 y 572-579.

²⁹³ Cfr. Atienza, *op. cit.*, nota 77, pp. 13 y 60.

²⁹⁴ Asimismo téngase como referencia general a Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 83-95.

²⁹⁵ Cfr. *idem*, *op. cit.*, nota 90, p. 140.

²⁹⁶ *Retórica*, versión de Arturo E. Ramírez Trejo, UNAM, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, 2002, pp. 1-6.

²⁹⁷ Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “retórica”.

²⁹⁸ Sobre las diferencias entre retórica, argumentación y polémica, véase Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 10, pp. 197-198.

²⁹⁹ Plantin, *op. cit.*, nota 222, p. 10. Según Nicola Abbagnano el vocablo “dialéctica” es sumamente equívoco, pero a riesgo de hacerla inútil porque no daría en realidad significado alguno al término, puede elaborarse la siguiente definición genérica del mismo: “proceso en el cual aparece un adversario que hay que combatir o una tesis que refutar y que, por lo tanto, supone dos protagonistas o dos tesis en lucha; o bien, que es proceso de la lucha o de la antítesis de dos principios, de dos momentos o de dos actividades”.

³⁰⁰ *Op. cit.*, nota 296, p. 1 (véase en la p. CXXXI la nota al texto griego); Atienza, *op. cit.*, nota 77, pp. 61-67; y Plantin, *op. cit.*, nota 222, pp. 34-35.

dialéctico mantienen perfiles que los separan en abstracto, puesto que en la realidad se confunden, entre otros tales perfiles son los siguientes: el primero es enfáticamente persuasivo y desde luego unitario, y le basta sólo tener buenas (aceptables) razones para llegar a su conclusión, sin necesidad de analizar la posición contraria a la proposición que defiende, por lo que es más conveniente para contextos literarios, psicológicos y políticos, en los que hay pocos elementos objetivos de interpretación o sea más admitida la subjetividad; en el segundo, en cambio, “existe la oportunidad de examinar los pros y contra de una situación”, por lo que es más adecuado a la filosofía, al “descubrimiento de la verdad” —entendida ésta como la resistencia de una posición a pesar de los embates argumentativos en su contra, y su supervivencia al cabo del diálogo—. ³⁰¹

De lo expuesto se desprende que el procedimiento que mejor puede constituir el método de la hermenéutica, porque es el único que podría asegurar llegar a un resultado válido es, para ser precisos, la argumentación dialéctica; lo anterior *no elimina la retórica* pues ésta es parte esencial de aquélla, sino quiere decir que el “método” para llegar a una correcta interpretación no consiste sólo en que el intérprete halle buenas razones para sostener una tesis, además exige contemplar posiciones contrarias a ella y ya desecharlas, ya adoptar una de ellas por ser más adecuada al contexto que la sostenida actualmente. A lo anterior no se opone que en una situación más amplia, dicha interpretación obtenida dialécticamente pueda ulteriormente exponerse con una actitud retórica —lo que es muy común en el ámbito jurídico en las sentencias y en las exposiciones de motivos legislativas—. ³⁰²

La separación entre estas dos actitudes filosóficas es clara cuando retóricamente dos sujetos elaboran discursos tendientes a que prevalezca su propia hipótesis en la oposición dialéctica que mantienen sobre la interpretación de un texto; para el derecho no hay mejor ejemplo de lo anterior que la argumentación procesal. Pero no toda resolución hermenéutica tiene que insertarse en una dialéctica real, es decir una verdadera contención entre diversos sujetos que mantienen posiciones contrarias, sino que el “diálogo” puede tener lugar aun en el mismo intelecto de un solo sujeto, sirviéndole para analizar hipótesis interpretativas contrarias para escoger una entre ellas o amalgamarlas. Aun para una interpretación “individual” (literaria, histórica, etc.), el perfil dialéctico es también una alternativa mucho mejor al estrictamente retórico.

En las líneas precedentes hemos dado un poco de referencia a la argumentación de la interpretación jurídica con respecto de la general. Con mayor detalle nos dedicaremos a aquélla bajo el siguiente epígrafe. Por ahora basta la conclusión de que la hermenéutica dilucida el significado del texto a través de un procedimiento que consta de algunos pasos: intelección, explicación y aplicación, cuyas respectivas conclusiones sostiene una *argumentación dialéctica*: “la hermenéutica no podrá usar una argumentación monológica sino dialógica. Se trata de una interpretación puesta a debate”, aunque sea en el seno intelectual de un mismo individuo —si es que desea alcanzar la corrección al realizar esta actividad—. ³⁰³ Tal no es más que un esquema general para la interpretación, aplicable en

³⁰¹ Atienza, *op. cit.*, nota 77, pp. 260-261. El mismo autor advierte que, sin embargo, la retórica y la dialéctica tienen rasgos comunes: “ambas ponen en acento en la argumentación considerada como una actividad; ven esa actividad como una interacción de tipo social, y no orientada hacia la producción de argumentos formalmente correctos o a la verdad entendida en términos de correspondencia con la realidad o de coherencia, sino orientada al logro de ciertos efectos en los participantes (la aceptación de una tesis como verdadera o plausible, la persuasión)” (p. 262).

³⁰² Véase *ibidem*, p. 285.

³⁰³ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 93. Aun Perelman es de la opinión anterior; para él hubiera sido mejor llamar “dialéctica” su teoría, en vez de “nueva retórica”, pero se inclinó por ésta denominación ya que aquel

cuanta parcela del conocimiento: si se busca una validez del conocimiento hermenéutico que no sea endeble, ya sea que se refiera a un texto jurídico, bíblico o no canonizado, la interpretación debe dar cabida a la discusión de los opuestos; pero obviamente dicha actividad tendrá perfiles diferentes o privilegiará particular y específicamente la intención del autor o la del intérprete, según el ámbito en el que se dé:³⁰⁴ no puede ser lo mismo la interpretación de una obra literaria que la de un texto jurídico porque

La hermenéutica propugna el respeto por la peculiaridad de cada disciplina según su objeto. El positivismo imponía el método: sólo es científico lo que siga el método científico [...]. En cambio, la hermenéutica pide que el método sea conforme al objeto de cada disciplina, de manera *analógica o proporcional*, esto es, no de manera equívoca o disparatada, según la cual habría varios métodos dispares y encontrados. Estamos dentro de unos límites, pero no obligamos a todos los saberes a ajustarse a un solo método unívoco.³⁰⁵

B. *La argumentación de la interpretación jurídica*

a. Renacimiento de la argumentación jurídica

A partir de los años cincuenta, por hablar con alguna certeza, la argumentación se ha perfilado como una disciplina tan autónoma en la filosofía y metodología jurídicas, que no es extraño que incluso se le llegue a confundir con ésta y a hacerla sinónima de ella, puesto que tiene la función de “aclarar los procesos de interpretación y aplicación del Derecho y ofrecer una guía y una fundamentación al trabajo de los juristas”; pero no se trata de una con carácter exclusiva o predominantemente formal sino práctico, cimentado en la idea de que “el desarrollo del Derecho no es una idea inmutable de razón, sino la experiencia —la cultura— cambiante”. No es casual que este renacimiento de la argumentación substancial —ya los romanos la utilizaban y en el *common law* siempre ha sido indispensable— se diera luego de la experiencia totalitaria de la primera mitad del siglo XX y aun en la segunda —España es un muy buen ejemplo—; aunque existen factores de índole teórica, práctica y pedagógica que lo explican, el principal ha sido el político relacionado con la “pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición”, que a su vez condujo a la concepción del Estado constitucional democrático y al pluralismo inherente a él que desembocó en una “democracia deliberativa”.³⁰⁶

La argumentación jurídica de la actualidad se ha formado en un intento de avenir las posiciones racionalistas e irracionalistas en la metodología del derecho y constituye una superación de los “métodos” tradicionales de interpretación que, aunque no los elimina del todo como veremos, ya no les concede un papel protagónico sino sólo instrumental en esa operación.³⁰⁷ La que Atienza llama “teoría estándar de la argumentación jurídica” se forma —desde los años setenta— por los puntos de coincidente entre diversos autores; especialmente Aarnio, Alexy, MacCormick, Peczenik y Wróblewski, pero también otros como Dworkin,

término “tiene la desventaja de asociar, en lugar de con la dialéctica aristotélica, con la dialéctica hegeliano-marxista”. Cf. Perelman, Chaïm, y Lucie Olbrechts-Tyteca, “La nouvelle rhétorique”, *Les Études Philosophiques*, París, enero-marzo de 1956, p. 23, referido en *ibidem*, p. 86.

³⁰⁴ *Supra*, nota 135.

³⁰⁵ Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 163 (cursivas añadidas).

³⁰⁶ Atienza, *op. cit.*, nota 77, pp. 11-19 y 64, n. 1; y Plantin, *op. cit.*, nota 222, p. 16.

³⁰⁷ *Cfr.* Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 186, pp. 22-23 y 36; Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 306-307; y Atienza, *op. cit.*, nota 77, pp. 14-15.

Summers y Raz, que finalmente van esencialmente en la misma dirección: proporcionar a la operación jurídica los elementos de racionalidad tanto formal como material, para la justificación de sus decisiones en la sociedad contemporánea.³⁰⁸

La jurisprudencia es un saber práctico y a ella, como a cualquier otro de esta naturaleza que tenga por objeto un orden normativo —la ética, por ejemplo—, “no lo anima el propósito de *describir* o contemplar conductas, sino el de estimarlas, *regularlas* o dirigirlas aquí y ahora”.³⁰⁹ Su finalidad no es formular leyes de conocimiento sobre el “ser” derivadas de objetos naturales, que puedan ser catalogadas como estrictamente “verdaderas” o “falsas”, sino reglas que indiquen el “deber ser” de la conducta de los seres humanos, que pueden estar “justificadas” o no.³¹⁰

La conducta de los seres humanos puede adoptar múltiples sentidos y, en el plano jurídico, se tendrá como “debido” o “justificado” el coincidente con una *decisión normativa* tomada por el órgano a quien se autorice calificar ese hecho, considerada como un género al que pertenece cualquier determinación de sentido jurídico —cuya especie más relevante es la decisión judicial—.³¹¹ Pero a su vez el contenido de esta decisión jurídica también puede considerarse como “justificada” o “correcta” según las razones que esclarezcan si debió o no tomarse, si hubo obligación de preferirla o rechazarla en favor de una mejor opción.³¹²

La calificación jurídica sobre la “justificación” de una conducta humana puede hallarse en múltiples actos: leyes y reglamentos, resoluciones jurisdiccionales y aun la doctrina de los juristas, por lo que la argumentación halla cabida y se vuelve un instrumento indispensable en la actividad legislativa, la aplicación del derecho y la dogmática jurídica.³¹³ Nuestras modernas sociedades pluralistas rechazan la fundamentación de las decisiones jurídicas por vía de determinismo o decisionismo metodológicos, que apelan principalmente a la autoridad como base de las mismas; se requiere en la actualidad que las decisiones jurídicas sean aceptables más por su *contenido* que por la calidad de sus autores, y de ello depende tanto su legitimidad como su carácter científico —entendido como un conocimiento objetivo—; de ahí la gran importancia que tienen los argumentos que las apoyan y justifican.³¹⁴

³⁰⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 15 y 67-68; y Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 6-7.

³⁰⁹ Vigo, *op. cit.*, nota 45, p. 100 (cursivas añadidas). Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 224.

³¹⁰ Véase García Máynez, *op. cit.*, nota 26, pp. 3 y ss. Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 218, p. 122; y Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 221. “[A]plicar el término de ‘verdadero’ a decisiones interpretativas lleva a consecuencias bastante desconcertantes o... expresa una ideología de la interpretación. Parece mejor entonces hablar sólo de decisiones interpretativas justificadas por argumentos concretos y preguntar sobre las razones para aceptarlos y presentar la cadena de razonamientos justificativos hasta donde sea pragmáticamente necesario y posible dentro de un marco de discurso jurídico concreto”, Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, p. 89; véase Seoane, José Antonio, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, pp. 98-102; Atienza, *op. cit.*, nota 308, p. 199; y Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 10, p. 196. Pensamos que la “verdad” en el campo dialéctico tiene una naturaleza diferente a la de las ciencias formales y naturales, o mejor y más sintéticamente dicho: su objetividad es “débil” y radica en la correspondencia con el “deber ser (*Sollen*)” que sería su “objeto”, y no con el “ser (*Sein*)”; una interpretación es una exégesis de lo que se ve “ante los ojos”, pero también “[t]enemos que suponer la verdad, la verdad tiene que ser en cuanto ‘estado de abierto’ del ‘ser ahí’”; véanse *supra*, nota 171, y Heidegger, *op. cit.*, nota 108, §§ 33 y 44, inc. c), pp. 178-179 y 247-252 (cursivas en el original).

³¹¹ Cfr. Rentería, *op. cit.*, nota 92, p. 33.

³¹² Cfr. Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 32-33.

³¹³ Véase Atienza, *op. cit.*, nota 308, pp. 1-4.

³¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 6-7; Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 15; y Vigo, *op. cit.*, nota 45, pp. 36-38.

b. Razonabilidad y racionalidad

Toda decisión jurídica se concibe en la cultura occidental como una actividad objetiva, no arbitraria ni caprichosa,³¹⁵ y en consecuencia mantiene necesariamente una *pretensión de corrección* equivalente a “que pued[a] ser racionalmente apoyada en el marco del ordenamiento jurídico válido”,³¹⁶ a ser “justificable mediante una argumentación adecuada”.³¹⁷ Las decisiones interpretativas no se exceptúan a la general pretensión de corrección del derecho, por lo que con base en ella se considera que deben estar *justificadas* por uno o varios argumentos, y tal es la medida de corrección de una decisión interpretativa; pero ellos no sólo deben apoyarse en el razonamiento deductivo formal, sino también en motivaciones de muy diferente corte, según el contexto en que se dé la aplicación de las disposiciones jurídicas.

Pero ya no concebimos la interpretación jurídica como una actividad racional (exclusivamente) formal, de la que sólo puede obtenerse una única respuesta mediante un procedimiento meramente lógico y repetible con los mismos resultados ideales en cualquier situación, y evidentemente tampoco como un mero acto de pura voluntad;³¹⁸ sino en la atribución de significado a una disposición jurídica, dentro de un cierto contexto cultural y fáctico, cuya corrección se establece a través de (buenos) motivos que hagan *materialmente racional*, o sea *razonable*, la elección de una determinada alternativa de interpretación sobre otras, que pueden ir desde factores lingüísticos atinentes a la redacción de la norma interpretada hasta las mismas creencias del intérprete.³¹⁹

Tal es la posición que adoptan Recaséns cuando habla del “*logos*³²⁰ de lo razonable” en la interpretación jurídica, que remplace a una pluralidad de métodos de interpretación y conduciría a una “solución satisfactoria” desde un punto de vista valorativo³²¹ —aunque más valdría un “*ethos*” de lo razonable—;³²² y Vigo diciendo que la interpretación jurídica es un “*saber prudencial-retórico*” que da significado al texto interpretado con referencia a los hechos a que se pretende aplicar las normas derivadas de él y orientado por la justicia —nuevamente el elemento valorativo—, a partir de la ordenada exposición de razones que alejen dicha operación de la arbitrariedad.³²³

³¹⁵ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 53.

³¹⁶ Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 264 y 428-429. Para una crítica sobre la pretensión de corrección según Alexy, véase Atienza, *op. cit.*, nota 308, pp. 191-197.

³¹⁷ Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 46.

³¹⁸ Cfr. Treves, *op. cit.*, nota 211, p. 708.

³¹⁹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 400.

³²⁰ El término “*λόγος*” es sumamente equívoco y tiene *incontables acepciones*; entre ellas se encuentran “razón”, “juicio”, “concepto”, “palabra”, “discurso”, “tratado”, “explicación” y “razón de ser”. En la filosofía griega su entendimiento por los estoicos, que lo tuvieron como un “principio activo” de la materia; Heidegger emplea un concepto híbrido entre los sentidos de “razón” y “discurso” o “explicación”: el “*λόγος*” permite “ver algo” junto con otro objeto y tener una “percepción racional” de ello, “cobra [...] la significación de relación y proporción”. Es entonces sumamente acertado usar el vocablo “*logos*” para, de un solo golpe, aludir a múltiples fenómenos: la posibilidad de un conocimiento basado en la intelección, la sutileza de ver las relaciones entre las cosas y un discurso construido sobre lo anterior. Cfr. Mateos Muñoz, *op. cit.*, nota 114, p. 195; Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “*logos*”; y Heidegger, *op. cit.*, nota 108, § 7.B, pp. 42-45.

³²¹ “El que la justificación jurídica tenga siempre, en último término, un carácter moral [...], depende de un principio básico del razonamiento práctico, a saber, que se trata de un razonamiento unitario lo cual impide su desintegración y hace posible que cumpla su función básica de dirimir conflictos prácticos”, Atienza, *op. cit.*, nota 77, p. 246.

³²² Cfr. *op. cit.*, nota 2, p. 661; y Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 134, p. 100.

³²³ Cfr. *op. cit.*, nota 45, pp. 101 y ss; véase *supra*, nota 129.

En la argumentación (hermenéutica o de otra índole) se produce un incesante intercambio y mutua remisión (analógica) entre la lógica formalmente entendida y la prudencia (*phrónesis*), por la cual aquélla indica un curso de acción en ese procedimiento, pero en cuya definición y especificación se da también por la (acertada) intuición del intérprete. En ella no puede desterrarse la lógica formal y su “fuerza” que ordena el discurso argumentativo, pero ya ésta carece de la primacía que antaño se le otorgaba y más cabría hablar, con Perelman y los anteriores autores, de una “lógica de lo razonable”, en la que la decisión jurídica debe conseguir “la razonabilidad más que la racionalidad, es decir lo razonable más que lo racional o apodíctico”: los primeros términos son de mayor extensión que los últimos, ya que los contienen pero no se agotan en ellos.³²⁴ Así la argumentación ve y va más allá de la racionalidad formal: su objetivo es alcanzar la “razonabilidad” de su conclusión, es decir la mejor adecuación de los fines que persigue con los medios para lograrlo,³²⁵ no concentrándose en la validez estructural de los argumentos, sino añadiéndole la necesidad de contar con razones adicionales que se den “cuenta de las circunstancias y limitaciones que implican, con la renuncia a una actitud [...] de absolutismo”; para ello elabora reglas generales o específicas para obtener la adecuación del discurso que construye tanto para su forma como para su contenido y la idoneidad de éste para el contexto en que se realiza, en sus aspectos de congruencia o ausencia de contradicciones (*Konsistenz*), cumplimiento racional de fines (*Zweckrationalität*) y verdad.³²⁶

El “logos de lo razonable” recasensiano se identifica con la “razón vital” de Ortega y Gasset —en quien se inspiró aquel maestro³²⁷—: “La razón pura tiene que ser sustitu[i]da por una razón vital, donde aquélla se localice y adquiera movilidad y fuerza de transformación”, de manera que “[e]l papel de la razón no [sea] comprender lo real, formar en la mente copias de las cosas, sino ‘crear modelos’ según los cuales éstas han de conducirse”.³²⁸ Al decir “ni vitalismo ni racionalismo” —traducible a “ni equivocismo ni univocismo”—, el autor de las *Meditaciones del Quijote* limita la razón (*λόγος*) a una función “esencialmente formal y operatoria”; no la proscribire sino la considera vital e imprescindible para servir a la *vida* (“El pensamiento es una función vital, como la digestión o la circulación de la sangre”), a la cual debe brindar un “arsenal de instrumentos” para la solución de sus problemas, no constituir una inútil elucubración intelectual pura, mas no pasando del lugar secundario y utilitario que le corresponde, porque “es la cultura, la razón, el arte, la ética quienes han de servir a la vida” y no al revés.³²⁹

A ese objetivo apuntó también Perelman con su “nueva retórica”, es decir a añadir a la lógica formal otra clase de razonamiento: el práctico, no a sustituirla o remplazarla.³³⁰ La razón *stricto sensu* brinda diferentes reglas que debe seguir la argumentación para la corrección de sus resultados, pero “[r]acionalidad (*Rationalität*) [...] no equivale a certeza definitiva” y concluyente para ella, primordialmente porque la construcción formal de argumentos no actúa en el vacío sino con referencia a un mundo permanentemente cambiante. Pero ello implica la invalidez de una argumentación: sigue siendo “racional” porque la decisión que funde puede serlo formal y substancialmente, es decir ser “razonable” —al

³²⁴ Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 54, 62-63, 76-77 y 91-92.

³²⁵ Que en nuestro tema se traduciría en obtener el sentido del texto e insertarlo en un contexto (fin), de modo en que los elementos de ambos sean considerados satisfactoriamente por motivos que se amolden a ellos (medio).

³²⁶ Cfr. Abbagnano, *op. cit.*, nota 31, voz: “razonable”; y Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 356-359.

³²⁷ Atienza, *op. cit.*, nota 77, p. 67.

³²⁸ *Op. cit.*, nota 151, pp. 87 y 106.

³²⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 34, 36, 55-56, 79-103 y 153-154.

³³⁰ Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 198-199.

corresponder de la mejor manera con los elementos reales a los que se refiere—; considerando que el discurso jurídico es de carácter práctico y no positivo, su finalidad es hallar en primer término *justificación para aceptar una cierta decisión jurídica* (esencialmente normativa, no positiva), es decir las razones por las cuales una solución es preferible a otras, atinentes a un problema que ha de solucionarse *hic et nunc* de la manera más objetiva posible.³³¹

c. Precisiones relevantes

Dado que “[e]n todo acto de aplicación jurídica contraen [...] elementos cognitivos y volitivos un vínculo indisoluble”, la metodología puede restringir la influencia de la subjetividad en la interpretación, mas no puede prescribirle —y tampoco el legislador— detallada y precisamente el seguimiento de un “método” que sea “técnicamente neutral (*technisch-neutral*)”: la interpretación en última instancia proviene de una decisión ideológica (política) de los juzgadores.³³² Al hablar del procedimiento cuyas etapas expusimos en los párrafos anteriores y su apoyo en una argumentación dialéctica, más bien indicamos que ellos constituyen una *estructura necesaria* de la metodología de la interpretación jurídica, de contenido abstracto y el cual cada sistema jurídico concretizará a través de la ideología embebida en él; sin esos elementos sencillamente no se entendería —al menos hoy— cómo damos significado a los textos jurídicos.

Los distintos criterios de interpretación refieren aspectos esenciales y por lo tanto imprescindibles de las disposiciones jurídicas, cuya atención es necesaria lograr la objetividad —aunque fuera “débil”³³³— de esa operación. En tal virtud se hallan en una “conexión recíproca” que impide establecer entre ellos una jerarquía *a priori* y formalmente rígida —aunque no se niega el protagonismo del elemento literal, al ser punto de partida y límite objetivo del intérprete—, que obliga a *considerarlos a todos en la interpretación*, como sostuvieron el propio Savigny en un principio y la llamada “teoría de la combinación” en tiempos más recientes,³³⁴ debiéndose tomar a alguno(s) de ellos como decisivos *sólo con bastante justificación* según su relevancia en el caso concreto, construida a partir de la referencia que tenga el sentido del texto con la situación material en el que haya de comprenderse.³³⁵

En el contexto general de la aplicación jurídica, la justificación de la decisión interpretativa que produce la norma jurídica que correspondería específicamente a un determinado hecho, es parte del discurso total de aplicación pero hasta cierto punto independiente de él,³³⁶ al precisar de razones propias que justifiquen los términos en que se formula el enunciado interpretativo usado como premisa en esa operación, que muestren cómo y por qué asignan a una disposición un determinado significado.³³⁷ Un enunciado interpretativo tiene un propio discurso argumentativo que lo justifica, que al mismo tiempo

³³¹ *Ibidem*, pp. 223-224. Véase *supra*, nota 191.

³³² *Cfr.* Grimm, *op. cit.*, nota 13, p. 27.

³³³ *Supra*, nota 171. “La repulsa de una ‘conciencia general’ no significa la negación de lo *apriori* [*sic*] como tampoco el sentar un sujeto ideado garantiza la bien fundada aprioridad del ‘ser ahí’”, Heidegger, *op. cit.*, nota 108, § 44, inc. c), p. 251 (cursivas en el original).

³³⁴ *Cfr.* Savigny, *op. cit.*, nota 249, pp. 213-215; Brugger, *op. cit.*, nota 205, p. 21; Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 315-316; y Wank, *op. cit.*, nota 44, p. 85.

³³⁵ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 299-307; Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 343-344; y Stamatis, *op. cit.*, nota 248, p. 212.

³³⁶ Porque, como ya dijimos, la situación fáctica a que se vaya a aplicar el resultado de la interpretación, necesariamente incide en éste ya que integró la precomprensión del intérprete. Véase *supra*, § II.4.A.

³³⁷ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 19; y Raz, *op. cit.*, nota 24, p. 46.

forma parte de un discurso mayor que justifica la aplicación de la norma jurídica enunciada a determinados hechos y con determinadas consecuencias.³³⁸

El problema sobre la justificación de una decisión interpretativa —u otra de carácter jurídico— que mayor debate presenta es el relativo a las proposiciones que constituyen su última justificación y a las valoraciones que la sostienen.³³⁹ A él corresponde el denominado “trilema de Münchhausen” que constituye la necesidad *ad infinitum* de justificación de las premisas de una argumentación.

Un discurso práctico como el jurídico requiere ser limitado en cuando a la formulación de argumentos que lo apoyan, ya que busca la solución de un problema normativo y no sólo teorizar sobre él; en algún momento debe ponerse fin a la búsqueda de razones para sostener una decisión jurídica, con una última proposición fundamental — eminentemente valorativa — que justifique todo el discurso de argumentación relativo, pero la formulación de la misma también debe ser racional ya que “[I]a arbitrariedad de esta determinación se transmitiría a toda la fundamentación dependiente de ella”.³⁴⁰ El límite a la necesidad de fundamentación de las premisas argumentativas se da por *acuerdos mínimos* implícitos o explícitos entre los participantes de la dialéctica y referidos a la materia de ésta; a partir de ellos —los tópicos o “lugares comunes”— se producen los argumentos a favor de la selección de alguna de las alternativas que ofrece el texto de que se trate.³⁴¹

Los “enunciados valorativos primarios” cumplen la función de dar tales proposiciones primeras —o últimas, según se vea—; dado su carácter axiomático al ser “verdades” aceptadas como base de la argumentación, pueden integrar un discurso interpretativo determinado sin el peligro de caer en el referido trilema, finalizando con ellos la labor argumentativa.³⁴² Los criterios interpretativos ya mencionados y su estructura lógica como medio de justificación interna, la ideología y valoración relativas a la interpretación y selección de directivas interpretativas, y las formas en que el propio ordenamiento permite su uso,³⁴³ puede construirse —con ciertas reservas— por una concatenación de premisas y razonamientos que, como sostuvimos en el subapartado anterior, dependen en última instancia de una valoración expresada por dichos enunciados.³⁴⁴ Claro que también puede polemizarse sobre éstos, pero la discusión a su respecto necesitará un cierto discurso argumentativo y perderán por consiguiente su carácter básico en una determinada discusión y se formará otra a su

³³⁸ Véase *supra*, § III.2.

³³⁹ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 63-64.

³⁴⁰ Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 223-224.

³⁴¹ Plantin, *op. cit.*, nota 222, p. 127. “... fuerza es que mediante opiniones comunes se hagan las persuasiones y los discursos...”, que pueden ser “las opiniones comunes, axiomas o principios generales aceptados por todos”, Aristóteles, *op. cit.*, nota 296, p. 1 (véase en la p. CCXXIV la nota al texto español). La tópica también fue representada en la antigüedad por Cicerón; según ella en los “lugares (*loci* o *τόποι*)” son “sedes o depósito de argumentos”, y dicha ciencia tiene por objeto hallarlos y desprender de ellos los razonamientos empleados en una discusión; la de Theodor Viehweg es su corriente jurídica contemporánea; véase Atienza, *op. cit.*, nota 308, pp. 32-43. La tópica como “teoría” de la argumentación jurídica es más bien limitada; pero no deja de acentuar un importante aspecto de esa actividad, haciendo ver que “tiene que incluir una [adecuada] teoría de la dogmática jurídica”; véase Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 39-43 y 307 y ss.

³⁴² Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 33-35. Véase también *idem*, *op. cit.*, nota 36, pp. 66-67.

³⁴³ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 288 y ss.; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 72 y 156-158. Sobre la influencia del propio ordenamiento en la argumentación jurídica, véase Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 10, pp. 217-218.

³⁴⁴ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 57-58, 61 y 63.

respecto,³⁴⁵ es decir que el problema práctico a resolver que dé origen a la necesidad de argumentación, y el objeto principal de ésta, sea dilucidar su corrección como tales.³⁴⁶

V. EL JUZGADOR COMO INTÉRPRETE JURÍDICO

1. *El modelo de aplicación jurídica: el juicio procesal*

Se ha tomado la decisión judicial como modelo de decisión jurídica, por lo que la interpretación de los tribunales asimismo funcionaría como caso ejemplar de la hermenéutica del derecho, en vista de que se trata de un elemento indispensable para su aplicación.³⁴⁷ Diversos autores refieren ambas y las abordan en sus estudios sobre metodología jurídica, siendo abundantísimos los trabajos que desde diversas perspectivas enfocan la labor de los jueces. Quizá algo influya que el procesal (juicios, tribunales, litigantes, abogados, etc.) sea uno de los ámbitos jurídicos de mayor divulgación; pero también existen razones más sensatas y vinculadas con la esencia de la actividad jurisdiccional, que hacen ver la aplicación judicial del derecho como la más compleja por las difíciles cuestiones que en ella se abordan —por mencionar sólo algunos: el carácter legislativo de la actividad de los jueces, su intervención política en la conflictiva social y las dificultades para controlar su labor—. ³⁴⁸

La característica más relevante de la aplicación jurídica de los tribunales, sería precisamente la finalidad a la que sirve: la *solución de un conflicto jurídico*; si bien toda aplicación del derecho implica la solución de algún conflicto de intereses —así sólo sea potencial—,³⁴⁹ en la realizada por los tribunales puede ser especialmente difícil obtener dicha solución, por la sutileza que puede adquirir cada caso y a pesar de la cual los jueces tendrían que encontrarle una solución conforme al derecho y razonable.³⁵⁰

El *juicio*, entonces, es el paradigma de la aplicación jurídica. En el medio hispanoparlante, para distinguirlo de otras especies, se ha designado como “adjudicación (*adjudication*)” a la solución jurisdiccional de un conflicto;³⁵¹ pero este término en realidad es un anglicismo —su uso es muy extenso en la tradición del *common law*— cuyo uso produce al menos extrañeza y hace preferible un término castizo. Éste es a nuestro parecer el vocablo “juicio” en su *más estricto sentido técnico*, que no denota el “proceso” sino una de sus etapas consistente en la “acción de juzgar”,³⁵² en el “procedimiento a través del cual se dicta o pronuncia la resolución

³⁴⁵ Aun cuando haya negación de las primeras premisas de un debate, formándose otro a su respecto, la argumentación que se produzca en torno a éste asimismo se basará en acuerdos mínimos entre los participantes en él; de lo contrario sería inviable la discusión y aun nos hallaríamos ante una falta al principio de buena fe o sinceridad de dichos sujetos pues, si para afirmarse algo en la argumentación debe creerse en ello, sería imposible que el nihilista absoluto —si es que pudiera existir— defendiera alguna posición; véanse Beuchot, *op. cit.*, nota 37, pp. 83-84; y Alexy, *op. cit.*, nota 221, p. 234.

³⁴⁶ Cfr. Alexy, *loc. cit.*, nota 331. Véase Seoane, *op. cit.*, nota 331, pp. 115-118.

³⁴⁷ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 107 y 231; y Atienza, *op. cit.*, nota 77, p. 13.

³⁴⁸ Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, p. 77; y Frosini, *op. cit.*, nota 15, p. 11.

³⁴⁹ Véase Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, pp. 226 y ss.

³⁵⁰ Tal es el *desideratum* contemporáneo de la aplicación jurídica. Cfr. Alexy, *loc. cit.*, nota 316; Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 84; Stamatis, *op. cit.*, nota 248, p. 186; y Menéndez Menéndez, Aurelio, “Sobre lo jurídico y lo justo”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, p. 89.

³⁵¹ Cfr. Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, p. 226; y Atienza, *op. cit.*, nota 308, p. 206.

³⁵² Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 295.

respectiva”,³⁵³ que implica razonamientos y apreciaciones normativos (interpretación) y fácticos (prueba) del juzgador para llegar a una decisión aplicativa del derecho.

Que sea generalmente un juez quien definitivamente establece lo que dice el derecho, ha llamado la atención hacia la manera en que los tribunales aplican la ley y, particularmente, aquella en que la interpretan. Nadie desconoce que los tribunales —sobre todo los de grado superior— pueden erigirse en auténticos legisladores y con sus decisiones precisar el sentido de leyes y reglamentos, modificarlo y aun derogarlo. En palabras del obispo Hoadly:

“Aquel que tiene una *absoluta autoridad* para interpretar cualesquiera normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente.” “*A fortiori*, aquel que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad el legislador.”³⁵⁴

La aplicación jurídica de los jueces, requiere precisar el significado de la disposición jurídica relevante al caso particular, no sólo determinando su aplicabilidad al mismo sino el grado en que se establecerán las consecuencias jurídicas derivadas de ella.³⁵⁵ Con esto parece darse una aporía: “¿[...] si los órganos [judiciales] de aplicación son las instancias que ‘deciden’ lo que significa la norma que aplican [...], cómo puede pensarse en que [...] tengan el deber de aplicar el derecho que interpretan [y que supuestamente regula su conducta]?”; ella sólo podría resolverse con una perspectiva hermenéutica y admitiendo la necesaria incidencia del intérprete-aplicador en la determinación del alcance de las disposiciones jurídicas con que opera, pero también la objetividad que el texto jurídico tiene y que no es posible desconocer en la actividad interpretativa.³⁵⁶

No es gratuita la preocupación sobre la aplicación jurídica de los tribunales y la interpretación que implica, por el contrario: el tratamiento de los temas a los que conduce es de la mayor gravedad para el derecho y la sociedad. Nos abocaremos en lo sucesivo a la interpretación jurídica de los jueces, particularmente respecto de los dos temas que en la actualidad quizá sean los más llamativos: la formación de las precomprensiones del juez y el control de la decisión judicial; pero antes de proceder a su exposición, nos parece importante repasar algunos aspectos sobre la jurisdicción y la ideología a la que responde en sistemas jurídicos romanistas como el mexicano.

2. La función jurisdiccional

La sociedad es conflictiva y en ella es inevitable la oposición de intereses entre sus diversos integrantes, que de algún modo es preciso resolver. Es innecesario algo más que mencionar las formas para solucionar tales enfrentamientos: las primitivas modalidades de

³⁵³ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, p. 139. Véase también Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 117.

³⁵⁴ Transcrito en Gray, John Chipman, *Nature and sources of the law*, 2a. ed., 1927, p. 102, citado en Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, Facultad de Derecho, 1979, pp. 183-184 (cursivas y comillas en el original). “La forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta resulta de la interpretación de tal ley por los tribunales”, Gray, *op. cit.*, p. 125, citado en *ibidem*, p. 184.

³⁵⁵ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 153; Kelsen, *op. cit.*, nota 354, pp. 159-160 y 172-174; y Kelsen, *op. cit.*, nota 196, pp. 349-350.

³⁵⁶ Cfr. Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 348, pp. 73 y 77; y Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 213.

autotutela basadas en el uso de la fuerza, el atemperado modo que les imprimió la “ley del talión”, hasta formas auto y heterocompositivas.³⁵⁷ Todas ellas en principio sirven a la extinción de un conflicto específico entre partes con sendas pretensiones adversas sobre un mismo bien; pero más bien la existencia de tales vías se explica por la finalidad, trascendente a los intereses particulares de los sujetos en conflicto, de hacer posible la convivencia social de los seres humanos, en lo que precisamente consiste la “civilización”: un modo de convivencia social ordenada en la que se satisfaga en lo posible el desarrollo vital de todos sus integrantes, sin menoscabo indebido de alguno de ellos.³⁵⁸

Siendo una finalidad esencial del Estado crear y mantener un *status vivendi* para los integrantes de la sociedad, que permita su convivencia armónica y en cuya existencia se encuentran unánimemente interesados, la composición de disputas entre los miembros de la sociedad es una tarea que el Estado como organización política de la colectividad, sin importar su adscripción ideológica, no puede dejar de echarse a cuestras.³⁵⁹ El orden social que por medio del derecho se intenta establecer para hacer posible la convivencia de los individuos,³⁶⁰ halla en la impartición de justicia una garantía *restitutiva* (por el reparación de la situación jurídicamente protegida) y *preventiva* (por impedir la anarquía que entraña la autodefensa).³⁶¹ Y aún más: en la actualidad el reconocimiento a que detrás de cada prerrogativa otorgada por el derecho —incluso las meramente económicas— hay directa o indirectamente una *pretensión humana de realización existencial*, da una superioridad axiológica a la administración de justicia en el moderno Estado constitucional democrático sobre la mecánica defensa de un determinado orden normativo, y conduce a un enfoque más amplio de la jurisdicción por el cual se consideran el proceso y los derechos que a su través se tutelan, como instrumentos al servicio de la *dignidad humana*.³⁶²

Se ha definido la jurisdicción como “una función soberana del estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido, para solucionarlo o dirimirlo”.³⁶³ Seguidamente analizaremos los elementos de la anterior definición, a los cuales no damos una jerarquía pues consideramos que es su concurrencia la que da lugar a que hablemos de una función verdaderamente jurisdiccional.

El uso de un concepto amplísimo de jurisdicción que tenga como único elemento la solución de conflictos de intereses en la sociedad, a fin de poder incluir a diversas figuras que forjaron su configuración actual y lograr su caracterización universal; es inaceptable por no ser lo suficientemente preciso y consistir solamente en una diversa denominación del género

³⁵⁷ Véase Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, pp. 16-35.

³⁵⁸ *Cfr.* Ortega y Gasset, *loc. cit.*, nota 16.

³⁵⁹ *Cfr.* González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 25 y 33; Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1987, p. 221; Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, FCE, 2002, pp. 252 y 255; Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José Lión Depetre, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, pp. 251 y 641; y Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 44-45.

³⁶⁰ Véase Recaséns Siches, *loc. cit.*, nota 349.

³⁶¹ *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 353, p. 198.

³⁶² Sobre la dignidad humana como valor fundamental del Estado constitucional democrático, véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 208, pp. 13-16.

³⁶³ Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 122 (cursivas en el original).

“heterocomposición”.³⁶⁴ El concepto actual de la potestad jurisdiccional debe contar como primerísimo elemento su exclusiva pertenencia al Estado —claro que hablando exclusivamente de la nacional³⁶⁵—, de modo que tal sería su más evidente diferencia específica y que la separaría de la figura afín del *arbitraje*, pasando a segundo término si se inserta en un régimen democrático, pero sin dejar de considerar las características que ello le otorgue.³⁶⁶

En segundo término dicho concepto se distingue por aludir a la resolución de un litigio, de un “conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”,³⁶⁷ constituye la distinción específica de la función jurisdiccional respecto de otras a cargo del Estado (legislativa y administrativa); con esto se distingue entre la actividad verdaderamente “jurisdiccional” de los tribunales y otras tareas que se les pueden encomendar.³⁶⁸ Pensamos que al hablar de “pretensión” y “resistencia” a ella como conformadores de un “litigio”, deben usarse conceptos amplios y no limitados al conflicto entre “intereses jurídicos” en estricto sentido técnico, es decir tener a aquélla como una mera petición al tribunal para satisfacer un interés *lato sensu*, incluso simple, y la oposición que se e presente,³⁶⁹ de esta manera nos parece que se da respuesta a las cuestiones sobre la naturaleza de diversos procedimientos existentes en la actual complejidad de la organización procesal. Aquí es preciso recordar que la instancia del proceso requiere también que a sus partes corresponda la legitimación³⁷⁰ adecuada para hacer valer ante el juzgador sus respectivos intereses; pero teniéndola como motivada por una peculiar situación del sujeto a quien se otorgue, que no necesariamente sería la titularidad de un derecho subjetivo respecto de la materia objeto del litigio, podría entenderse que sujetos sin interés personalísimo para ello, ejerzan el *ius postulandi* y hacer valer una pretensión —una “simple petición” en términos amplios, como dijimos— ante un tribunal.

Finalmente, como señala la definición anterior, el sometimiento a la ley —léase la “voluntad del legislador”— de la actividad jurisdiccional se ha reconocido tradicionalmente como una característica distintiva de la misma. La historia muestra que la jurisdicción estatal derivó del arbitraje y se ejercía por medio de soluciones ideadas originalmente por los jueces para cada caso concreto y a falta de disposiciones legislativas generales, de lo que se concluye que “la función judicial [puede concebirse] independientemente de la existencia previa de leyes aplicables”, al observar que la humanidad pudo prescindir en algún momento de una codificación legal general, pero no de resolver los conflictos entre los integrantes de la sociedad, y que esto último es lo verdaderamente propio de la jurisdicción, no si los jueces en su actividad se someten o no a normas generales, establecidas por un procedimiento orgánicamente legislativo u otro.³⁷¹

³⁶⁴ Además, su carácter heterocompositivo lleva a dar otro elemento distintivo de la jurisdicción: su imparcialidad. Véanse Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 122-123; y García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 576-577.

³⁶⁵ A pesar de los intentos de racionalizar su concepto, la jurisdicción internacional no puede tenerse fácilmente como una “extensión” de la doméstica; aquélla continúa siendo tan cercana al arbitraje como fue la última en tiempos remotos, que no se puede establecer una nítida línea divisoria entre ambos. *Cfr.* Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Oxford, Ing., Oxford University Press, 2002, pp. 707-708.

³⁶⁶ *Cfr.* Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 37-38 y 80-82.

³⁶⁷ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, UTEHA, 1944, t. I, p. 44, citado en Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 3.

³⁶⁸ *Cfr. ibidem*, pp. 116-117.

³⁶⁹ Véase Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 116-120.

³⁷⁰ Véase Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 261.

³⁷¹ *Cfr. ibidem*, pp. 32-33; Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 359, p. 640; y Brownlie, *op. cit.*, nota 365, p. 707.

En el contexto de un Estado constitucional democrático, sería imposible concebir a la impartición de justicia con la plena libertad de dirimir litigios, sin parámetro alguno que regule su decisión. Conservando su influencia del Estado de derecho para la búsqueda del “imperio del derecho”, los ordenamientos liberaldemocráticos de hogaño someten a los juzgadores a dictar sentencia conforme a la ley expedida por la asamblea parlamentaria; queda claro entonces que la solución judicial a un litigio debe ser conforme con las prescripciones de tal “ley general”, pero no tanto para el caso en el que no exista una disposición legislativa inmediatamente aplicable. Siendo como apuntamos arriba el fin de la jurisdicción resolver un litigio, aun el silencio de los textos legislativos no debería impedir a los jueces llevar a cabo su cometido, por lo que en tal situación se encuentran obligados a la creación de una norma jurídica inédita, específicamente aplicable al caso bajo su estudio pero de un carácter general que permita su aplicación en otros semejantes, no inventándola sino *infiriéndola* —es decir *obteniéndola por interpretación— del ordenamiento existente*, para dar término a la polémica correspondiente.³⁷² Pero en realidad, aunque la realizada en sede jurisdiccional tiene un margen más estrecho y se encuentra alejada de la consecución de “metas políticas (*politisches Ziel*)”,³⁷³ la aplicación de una ley general en el ejercicio de sus funciones, no es una característica que distinga a la jurisdicción de otras funciones: también el legislativo y la administración deben actuar conforme a derecho en el Estado constitucional, y cuando no exista una disposición aplicable a la cuestión que enfrentan, orientarse por el principio de igualdad para darle solución.

Lo dicho hasta ahora, sin embargo, no es suficiente para dar una idea distinta de lo que es la jurisdicción respecto de otras funciones estatales. Concretamente, además de la posible y tradicional comparación entre esta función y la administrativa al ser ambas funciones típicamente aplicativas del derecho,³⁷⁴ las características anteriores podrían indicar una actuación legislativa que, a través de la creación de una ley general, resolviera un conflicto de intereses que bien le pudo haber sido planteado por sus partes.³⁷⁵

El último elemento que distingue la jurisdicción de otras funciones estatales es la *obtención de la cosa juzgada o dicho de otro modo una “actuación irrevocable del derecho”*,³⁷⁶ solamente un órgano jurisdiccional podría establecer el sentido del derecho para un caso concreto de una manera definitiva, inatacable, inmutable y coercible.³⁷⁷ El acto por el cual la administración aplica la ley puede ser impugnado y anulado por un tribunal, lo mismo acontecería con el legislador ordinario y su forma de aplicar la “ley” que regula su actuación, o sea la Constitución; los actos de los demás poderes públicos son entonces (normalmente) revocables, en tanto que no podría serlo la resolución jurisdiccional de última instancia, cuyo contenido adquiere la calidad de *res judicata*.

Existen diversas perspectivas sobre esta “dicción del derecho” en que consiste la labor de los juzgadores: 1) la subjetiva que considera su finalidad la declaración de “lo que sea el derecho entre las partes”, estableciendo la situación jurídica de ellas para el caso examinado; 2) la objetiva para la cual la función jurisdiccional tiene por objeto garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico; y 3) la garantista que se centra en que “el juez es el último garante

³⁷² Cfr. Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 359, pp. 638-642 y 674; Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJJF-ITAM, 2003, pp. 32-35; y Wróblewski, *loc. cit.*, nota 231.

³⁷³ *Supra*, nota 332.

³⁷⁴ Cfr. Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 165.

³⁷⁵ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, p. 227.

³⁷⁶ Cfr. Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, pp. 169-170; y Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 120-121.

³⁷⁷ Castillo Sandoval, Jesús, *La cosa juzgada y sus secuelas*, México, Cárdenas, 2003, p. 87.

de los derechos que el [o]rdenamiento jurídico reconoce al individuo”. Sin perder de vista que las tres perspectivas mencionadas tienen parte de razón, de alguna manera la última engloba a todas —aunque haciendo prevalecer al aspecto que la caracteriza—; en un Estado constitucional democrático, la jurisdicción tiene indudablemente la función de proteger a las partes del proceso, lo cual lleva a cabo estableciendo sus derechos y obligaciones en el litigio, redituando esto en la seguridad jurídica —en las direcciones restitutiva y preventiva a que aludimos líneas arriba— que deriva del imperio del derecho cuyo cumplimiento también se impone de este modo.³⁷⁸

Pero aparte de lo anterior, también en el contexto del Estado constitucional democrático, lo que en realidad hace irrevocable la aplicación jurisdiccional del derecho es que los tribunales actúen con imparcialidad —muy ampliamente entendida—; un órgano estatal de solución de controversias no es imparcial por pertenecer formalmente al poder judicial o realizar esa función, sino que tiene calidad jurisdiccional *stricto sensu*, actúa irrevocablemente y pertenece a dicha rama del poder, porque se asegura lo más *plenamente* posible la objetividad de su actividad.³⁷⁹ La operación jurídica puede llevarse a cabo en un nivel de *aplicación* en sentido estricto (obviamente indefectible) y luego en otro de *composición y control* (ambos prescindibles y conjugables, según el caso)—; en estos últimos grados debe asegurarse en lo posible la objetividad de la actuación del derecho, porque son los últimos factibles a ella.

Por razones funcionales y sobre todo axiológicas, en el Estado constitucional democrático sería rotundamente inaceptable que la aplicación del ordenamiento jurídico fuera errónea o mendaz, porque se opondría al respeto de la *dignidad humana* de los justiciables y al cumplimiento de la *voluntad democrática* que (directa o indirectamente) representan los autores del derecho.³⁸⁰ Queda claro, según expusimos en todos los apartados anteriores, que esta “verdad” nunca será absoluta, aunque el Estado constitucional se halla “condenado” a buscarla y tender a la máxima objetividad posible en el curso de ello; precisamente a satisfacer esta exigencia responden la independencia institucional de los juzgadores y las restricciones que procuran alejarlos de las cuestiones en que tengan interés propio —así como los derechos relativos al debido proceso—. ³⁸¹ Sólo debería tenerse por jurisdiccional *stricto sensu*, con las implicaciones de ello (función de dirimir litigios, actuación irrevocable del derecho, etc.), a un órgano que goce de suficiente independencia e imparcialidad, las cuales le permitan —en palabras de Chiovenda— juzgar objetivamente “de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros”,³⁸² lo cual denota la “*terzietà*” o “*alienità*” judicial de la que hablan los italianos.

Concluyentemente pensamos que son elementos de una concepción jurisdiccional en el actual Estado constitucional democrático: 1) exclusividad del Estado en su ejercicio; 2) solución de litigios mediante la aplicación de una ley general —aunque esto último no es

³⁷⁸ Cfr. Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 112-116. Esta perspectiva además permitiría entender por qué aun sin integrarse el litigio, en caso de allanamiento o imperfecto planteamiento de las partes, puede el juzgador resolver una cuestión jurídica; cfr. *ibidem*, p. 119.

³⁷⁹ “La autonomía de la función jurisdiccional tiene en el Estado moderno, por consiguiente, una significación absolutamente nueva. [...] se ofrece a los ciudadanos como la mejor garantía de la observancia de la ley, sustraída a las corrientes variables de la administración y de la política”, Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, La Mesa (Tijuana), Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, vol. II, pp. 6-7.

³⁸⁰ Véanse *supra*, nota 316; y Häberle, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 113-126.

³⁸¹ Cfr. *ibidem*, pp. 122 y 134.

³⁸² *Op. cit.*, nota 379, vol. II, p. 12 (cursivas suprimidas). Véase Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 352, pp. 122-123.

verdaderamente una diferencia específica—; 3) imparcialidad en el sentido más amplio que garantice la objetividad de su decisión; y 4) resultante de lo anterior, ejercer una aplicación jurídica irrevocable.

3. *El paradigma jurisdiccional de la tradición romanista*

Un paradigma científico es un conjunto de proposiciones que aportan a una disciplina modelos de problemas y de soluciones a ellos, fundantes de una *tradición* de enfoques y perspectivas sobre su objeto; aunque como todo conocimiento científico no son definitivos ya que pueden perfeccionarse por nuevos descubrimientos, constituyen fundamentos básicos y esenciales de una ciencia generalmente aceptados y supuestos, sirviendo para indicar un punto de partida de investigaciones en campos inexplorados.³⁸³ El derecho como área del conocimiento humano no escapa a tener paradigmas en los cuales basar su estructura y, según el sistema jurídico de que se trate y su grado de evolución, existirán tradiciones determinadas por ellos sobre diversos tópicos jurídicos y políticos: el fin del derecho, el catálogo de fuentes jurídicas, la estructura de sus normas, el papel del Estado, etc.

Uno de los más importantes paradigmas jurídicos, a un grado determinante para distinguir los más importantes sistemas jurídicos contemporáneos occidentales: el romanista (también llamado romano-canónico, de derecho civil o *statutory law*) y el angloamericano o de *common law*, se refiere a los jueces y su papel político, jurídico y social. Como indica el título de este apartado, ya que es aquel al cual pertenecen los ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos, nos referiremos eminentemente a la indicada tradición dentro del primero de los sistemas mencionados.

La tradición romanista se inició por el surgimiento en Europa de un *jus commune* europeo debido a la labor de los estudiosos medievales religiosos y laicos, integrado por el antiguo derecho romano y el canónico.³⁸⁴ Se ha visto dentro de esta tradición, un especial impacto de la práctica judicial en la antigua Roma para el posterior desarrollo de la figura de jueces y tribunales en los sistemas jurídicos nacionales, pero llegándose muy superficialmente a considerar mermada la dignidad de la actividad judicial, calificándola de mera mecánica formal porque los *judices* romanos no resolvían disputas por sí mismos, sino de acuerdo con la fórmula que para el efecto otorgaba un magistrado judicial.³⁸⁵

En la antigua Roma la jurisdicción se dividía —bajo el procedimiento formulario imperante en la época clásica— en dos diferentes etapas: la *in jure* y la *in iudicio*. En la primera, las partes acudían al magistrado —cónsul o pretor— a fin de que ante él se determinen los hechos constitutivos de la disputa y redacte una fórmula “por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de condenar o absolver al demandado”, en la cual vemos un equivalente a la actual etapa procesal postulatoria o de fijación de la litis, que convertía al magistrado —que era un funcionario público— en algo así como un juez instructor.³⁸⁶ Con dicha fórmula, en el procedimiento *in iudicio*, los litigantes acudían al *judex* —que ciertamente era un lego seleccionado de una lista— cuya función consistía “en examinar el asunto puesto en la fórmula, en comprobar los hechos que se

³⁸³ Cfr. Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, FCE, 2004, pp. 14-15, 38, 52 y 57-58; y Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 95, pp. 16-17.

³⁸⁴ Margadant, Guillermo F., Consuelo Sirvent Gutiérrez y Fernando León Zavala, *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996, p. 36.

³⁸⁵ Cfr. Merryman, *op. cit.*, nota 181, p. 75.

³⁸⁶ Cfr. Petit, *op. cit.*, nota 11, pp. 613 y 631; y Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, pp. 294-295.

relacionan, y en hacer la aplicación de los principios de Derecho puestos en juego”.³⁸⁷ La actuación de los *judices* romanos no es tan diferente de la que ahora desempeñan los jueces romanistas, pues se entiende que ambos tienen la obligación de aplicar a un caso concreto una norma general preexistente, de ahí que podamos concluir que esta idea de la actividad judicial influyó en los sistemas jurídicos de esta tradición y aun haya llegado a nuestros días, aunque no aceptemos una calificación tan detractora de la actividad de los juzgadores romanos, como la que hace Merryman buscando en esta supuesta realización casi mecánica de la función jurisdiccional, una explicación para el formalismo y los límites que se han querido imponer a los jueces en los ordenamientos romanistas.³⁸⁸

Pero, en realidad, la extrema limitación a los poderes de los tribunales para hacerlos simples agentes de aplicación de la voluntad de la ley, parte en realidad de la revolución francesa y específicamente de la tesis de Montesquieu que hizo consistir su labor es ser simplemente la “boca de la ley”, y la cual a restringir la actividad de los juzgadores quienes en el medievo y la etapa prerrevolucionaria habían sido creativos e incluso afirmado el *stare decisis*; con esta concepción se les obligó a ceñirse a la estricta aplicación de la ley, entendida como la expresión de la voluntad soberana, y a “motivar sus Sentencias, de modo que éstas aparezcan como la particularización de la Ley a los hechos debatidos”.³⁸⁹

Es fácil comprender de lo anterior por qué en la tradición jurídica romanista se entiende limitada la actividad judicial a una “simple” labor de aplicación de la norma general contenida en la ley a los hechos concretos del caso particular, y piensa que el juez únicamente debe limitarse a “descubrir” la voluntad normativa del legislador contenida en las disposiciones que emite, y resolver los litigios conforme a esa prescripción supuestamente anterior a ellos, trascendente e independiente a su voluntad. Si los jueces romanos en teoría se limitaban a resolver los litigios aplicando disposiciones generales antes promulgadas, y a partir de la revolución francesa se les obligaba a ceñirse exclusivamente a ellas y a no formular proposiciones “legislativas”, no cabe concluir otra cosa sino que la labor del juez es “encontrar” y reconocer la solución jurídica del caso creada previamente por el legislador soberano, no inventarla él mismo.³⁹⁰

Desde luego, esta ideología sobre la función jurisdiccional contrasta con la tradición angloamericana, en la cual *grosso modo* las decisiones judiciales son la primordial fuente de derecho, al grado que la ley escrita tiene vida práctica hasta que los tribunales se ocupan de ella, determinando y desarrollando su sentido normativo; lo que da a los jueces un papel eminente en los sistemas jurídicos de esa tradición, por su labor creativa que hace un *judge-made law* de sus conjuntos normativos.³⁹¹

³⁸⁷ Llama también la atención que los jueces romanos podían negar su pronunciamiento cuando el asunto no era claro, declarando *rem sibi non liquere*. Cfr. Petit, *op. cit.*, nota 11, pp. 615-616, 638 y 640.

³⁸⁸ Claro que debemos pensar que las afirmaciones de Merryman se deben al gran contraste que la actividad judicial presenta en los sistemas de *common law* y los romanistas, que sin duda prejuician culturalmente a ese autor; lo anterior puede apreciarse en sus siguientes palabras: “El juez del derecho civil no es un *héroe cultural* ni una *figura paternal*, como lo es frecuentemente *entre nosotros*. Su imagen es la de un *empleado público* que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas”, *op. cit.*, nota 181, p. 77 (cursivas añadidas).

³⁸⁹ Cfr. Merryman, *loc. cit.*, nota 385; Montesquieu, *loc. cit.*, nota 180; García de Enterría, *op. cit.*, nota 183, pp. 42-43.

³⁹⁰ Cfr. Brugger, *op. cit.*, nota 205, p. 2.

³⁹¹ Véase Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 545-548; y Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, pp. 24-25.

4. *La precomprensión del juzgador y la interpretación jurídica*

A. *La precomprensión judicial*

Como cualquier otra, la interpretación jurisdiccional comenzaría necesariamente con la formación de una precomprensión del juez respecto del objeto sobre el que recae su labor, a partir de un bagaje de experiencias y conocimientos que se forma desde la tradición cultural a que pertenezca, su perspectiva personal y los fines de la interpretación que realizará.³⁹² La interpretación judicial, por lo tanto, también está determinada —aunque sea parcialmente— por la precomprensión del juzgador, y lo anterior es sencillamente *inevitable*.

Dicha precomprensión, como una especial perspectiva cultural, ideológica y pragmática de la labor interpretativa judicial, predispone a los jueces a tomar una cierta decisión interpretativa y se forma por varios elementos. Los más importantes en nuestra opinión son: la ideología a la que sirve la función jurisdiccional y la interpretación, como el conjunto de valores y principios que señalen los límites de dicha actividad y el papel político y social del juez; los hechos del litigio que debe resolver el tribunal, y a los cuales será aplicable la norma jurídica obtenida por interpretación; y diversos aspectos personales del juez, de su idiosincrasia y psicología propias. En los subapartados siguientes nos ocuparemos de cada uno de estos elementos, exponiendo a su respecto sus particularidades y la forma en que intervienen en la interpretación judicial

B. *Ideologías de la función jurisdiccional y de la interpretación*

El paradigma judicial tiene una gran repercusión en la interpretación jurídica: de acuerdo con las valoraciones de la ideología de la tradición de que se trate, puede calificarse la justificación de la decisión interpretativa según sea “meramente declarativa” o “creativa” por parte del juzgador y, en el caso de la última, probablemente sería aceptable bajo los postulados del *common law* pero no según los romanistas.

Antes de iniciar su actividad interpretativa el juzgador está predeterminado por los paradigmas de la tradición jurídica a la que pertenece, que le indica los fines y límites de su labor y proporciona un punto de vista específico desde el cual deberá abordar el problema jurídico a resolver.³⁹³ Puede encontrarse la influencia del paradigma judicial tradicional en un contexto de justificación de la decisión interpretativa, determinando la actividad el juez aunque éste lo observe sólo por deber y no por convicción;³⁹⁴ pero lo normal en los sistemas romanistas —notablemente en México en instancias judiciales inferiores— es que los jueces se encuentren predispuestos por el ideal institucional de su actividad y sean reacios a toda interpretación que aparente o claramente lleve a una decisión jurídica creativa.

Por otro lado, puede también hablarse de dos ideologías contrapuestas de la interpretación jurídica: la *estática* y la *dinámica*, a las que corresponderían los paradigmas judiciales de las tradiciones romano-canónica y de *common law*.³⁹⁵ La primera establece como valores fundamentales de la interpretación la certeza, la estabilidad y la predictibilidad, y se enlaza con una teoría univocista de la interpretación;³⁹⁶ la segunda busca “adapta[r] el derecho a las

³⁹² *Supra*, § II.4.A.

³⁹³ *Supra*, nota 383.

³⁹⁴ Véase *infra*, § V.5.

³⁹⁵ Véase Wróblewski, *op. cit.*, nota 36, pp. 72-78.

³⁹⁶ *Supra*, nota 189.

necesidades presentes y futuras de la ‘vida social’ y a su vez se relaciona con una teoría subjetiva de la interpretación, siendo por tanto campo propicio para el desarrollo evolutivo del derecho que mayormente han originado los jueces.³⁹⁷ Así, como también señalamos respecto de la ideología de la función jurisdiccional, lo que se considere como generalmente aceptado respecto de lo que debe ser la interpretación de los textos jurídicos y las finalidades a que debe servir, también contribuye a integrar la precomprensión del juez, influyendo sobre el desarrollo y resultado de su actividad interpretativa.

C. *Los hechos del litigio*

Se ha distinguido entre dos clases de interpretación: una orientada por el texto (*text-oriented*) y otra por los hechos (*facts-oriented*),³⁹⁸ la primera consistiría en la dotación de significado a una disposición jurídica, abstractamente considerada de su aplicación hipotética o real a hechos determinados, y la segunda en lo mismo pero considerando circunstancias fácticas concretas a las cuales se aplicaría la norma jurídica resultante de la interpretación, correspondiente desde luego a toda interpretación de carácter operativo. Aunque parece muy obvia, esta distinción no siempre se ha reconocido y menos por teorías objetivas de la interpretación, ya que negarían por completo su idea básica de significado unívoco de las disposiciones jurídicas.

La interpretación jurisdiccional corresponde al tipo que la hermenéutica denomina “normativa” o “dogmática” y la cual indaga el significado de los textos para obtener de ellos una “regulación en el obrar”;³⁹⁹ en tal virtud, si bien la interpretación da significado a un texto jurídico siguiendo la intención de su autor, no debe perderse de vista que su finalidad no es simplemente declarar la voluntad de éste, expresada formalmente en el texto de que se trate, sino emplearla para *resolver un problema normativo* sobre la conducta humana con características particulares y quizá inéditas, comprendiendo tal significado en contexto real en que dicha cuestión se plantea y dándole un sentido acorde al mismo.⁴⁰⁰

La interpretación que los tribunales realizan al resolver un litigio, se determina entonces también por esa finalidad inherente a la naturaleza de la función jurisdiccional: la resolución del litigio y las características especiales de éste. Lo anterior se explica porque es evidente que el legislador no pudo prever ni dar solución a todos y cada uno de los problemas que en la práctica se presentarían, pues su labor se limita a establecer disposiciones generales y toca a los jueces atender los detallados y variables aspectos de la realidad; de hecho, ésta es otra justificación de la función jurisdiccional.⁴⁰¹

Los hechos particulares de un determinado litigio —u otra situación práctica a la que se quieran aplicar disposiciones jurídicas— entran en el fenómeno hermenéutico porque constituyen el problema que se busca resolver mediante la interpretación, y a partir del modo en que aborde su investigación el intérprete adoptará una perspectiva a su respecto, que conducirá su percepción del texto interpretado. Larenz ha destacado lo anterior:

El texto nada dice a quien no entiende ya algo del asunto del que él trata. *Sólo contesta a quien le interroga rectamente.* La pregunta es previamente dada, a aquel que quiere aplicar una ley, por el hecho bruto y por su transformación en hecho definitivo. Para formularla rectamente, es preciso

³⁹⁷ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 353, p. 210; y Larenz, *op. cit.*, nota 79, pp. 410-428.

³⁹⁸ Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 20; y Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, pp. 37-38.

³⁹⁹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 22, p. 13.

⁴⁰⁰ Véase Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 134, p. 84.

⁴⁰¹ Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 359, p. 668; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 138, p. 475.

conocer el lenguaje legal y la conexión regulativa en que la norma se encuentra. Al menos en el modo de formulación de la pregunta radica la participación, que no se debe pasar por alto, del intérprete también en el resultado de la interpretación. Pues la formulación de la pregunta limita también, al mismo tiempo, las posibles respuestas.⁴⁰²

De esta interacción entre el significado atribuido a la disposición jurídica y la situación fáctica a la que se quiere aplicar, ha ofrecido Zippelius un buen ejemplo hablando de la concretización de la norma jurídica y cuestionándose si se trata de una acción de interpretación o de mera subsunción.⁴⁰³ La sección 306, fracción I, número 5, del Código Penal alemán, (*Strafgesetzbuch*) dispone que se sancionará con uno a diez años de prisión a quien prenda fuego a un bosque ajeno o, por medio de incendio, lo destruya total o parcialmente; en principio no es difícil el entendimiento de esta disposición, sin embargo —pregunta este autor— ¿Podría considerarse que cometió el delito tipificado en ese precepto, quien incendió una extensión de terreno ajena en la cual estaban plantados cincuenta árboles a medio crecer? ¿Qué extensión semántica tendría el concepto “bosque” que utiliza ese artículo? ¿Se incluye en ella la superficie arbolada de este caso hipotético?⁴⁰⁴

D. Aspectos personales del juzgador

Al contribuir en alguna medida el intérprete en el procedimiento hermenéutico jurisdiccional, llevando al mismo un determinado bagaje cultural e ideológico y una cierta expectativa del resultado de la interpretación —asimismo determinada por la primera—; se integra a él como un elemento esencial. Esto puede hacerse sobre todo por medio de paradigmas ampliamente compartidos en la profesión jurídica pero también influyen en la precomprensión del juzgador, y desde luego en el resultado final de su interpretación, aspectos personales exclusivos y cuya intervención en la labor judicial es inevitable. Todo juez es un *ser humano* y como tal posee una dinámica espiritual e intelectual regida por múltiples factores de carácter psicológico, moral y socioeconómico, que le permiten formar una cosmovisión particular.⁴⁰⁵

Nada raro sería que una decisión judicial interpretativa —o de otra índole— fuera (pre)determinada por las valoraciones *estrictamente personales* del juez, aun cuando no coincidieran con la ideología socialmente predominante o jurídicamente obligatoria, pues el carácter humano y personal de la actividad judicial hace difícil, si no imposible, un absoluto cambio de idiosincrasia en el juzgador, lo cual lo hace el *único responsable* de la decisión que

⁴⁰² *Op. cit.*, nota 79, pp. 309-310 (cursivas añadidas). Véase *supra*, nota 152.

⁴⁰³ *Cfr. op. cit.*, nota 216, pp. 98-99. Véase también el ejemplo de Perelman referido en *supra*, nota 257.

⁴⁰⁴ “Cabe decir, en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso” y “Más aún, como se ha podido señalar en relación con la máxima *in claris non fit interpretatio*, un texto que sobre el papel y a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse ante el surgimiento de un caso nuevo”, Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 148, pp. 136 y 139.

⁴⁰⁵ “Por ser la persona algo concretamente individual, en cada uno de sus actos se ve algo propio, singular y característico, subraya Scheler. El correlato de la persona es su mundo; a cada persona individual corresponde su mundo individual”, Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, p. 248. “La propia índole cultural es uno de los constitutivos ontológicos del ser humano, que es esencialmente pro-creador, cultivador y creador de un mundo, en el sentido de un plexo de relaciones entre los objetos que se encuentran en su entorno existencial”, Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 235. *Cfr.* Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 145; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 154-155.

adopta y expresa en sus resoluciones.⁴⁰⁶ La psicología de la decisión judicial sería el tema más interesante de este rubro, por su relación con la intuición y la “corazonada (*hunch*)” de los juzgadores; pero aunque se le ha intentado abordar con seriedad son insuficientes los estudios relativos, y “sólo tienen por fundamento observaciones más bien espontáneas y suposiciones del sentido común”.⁴⁰⁷

La perspectiva ética del intérprete es determinante en la formación de su precomprensión, como muestra la aplicación de la tipología moral de Max Weber a este tema: una “ética de la convicción” conduciría a una concepción formalista de la aplicación jurídica, propia de la tradición romanista; en cambio, una “ética de la responsabilidad” llevaría a los agentes jurídicos a encontrar soluciones equitativas y razonables a los problemas prácticos que plantean y especialmente en los “casos difíciles”, aunque sus decisiones fueran variables a despecho de la seguridad jurídica.⁴⁰⁸ Con lo anterior podrían relacionarse las ideas del juzgador sobre la eficiencia de las instituciones jurídicas, como determinantes de sus decisiones, a cuyo estudio se ha dedicado la corriente del análisis económico del derecho que surgió desde 1961 por los trabajos de Guido Calabresi y Ronald H. Coase, y que tiene en el juez norteamericano Richard A. Posner a uno de sus principales exponentes.⁴⁰⁹

Corresponde al realismo jurídico, particularmente su rama norteamericana, el mérito de haber puesto en relieve la importancia de los anteriores aspectos en la interpretación jurídica; especialmente los trabajos de Karl Llewellyn, Jerome Frank, Joseph Hutchenson y Max Radin, señalan que la apariencia silogística de la aplicación judicial del derecho es realmente una simple racionalización de una decisión que los jueces toman por otros factores reales y ajenos a la “voluntad legal”, a veces por simple intuición, por voluntad dirigida por sus propios valores e incluso por motivos sociales, todos los cuales deberían expresarse en sus resoluciones para el debido control de éstas.⁴¹⁰

Un fuerte impedimento para la primacía de las apreciaciones subjetivas de los juzgadores es su integración en tribunales pluripersonales, es decir colegiados. La necesidad de formar un acuerdo mayoritario —para ciertos efectos, un consenso amplio— para que estos órganos adopten una decisión, es una importante limitación a la influencia de factores personales en la resolución de los juzgadores; inclusive llega a constituir una garantía de objetividad pues que hayan puntos fundamentales de coincidencia entre los juzgadores constituye un buen indicio de corrección de sus decisiones, razón por la cual los tribunales de segunda instancia o control tienen una integración plural (al menos numéricamente hablando).⁴¹¹

⁴⁰⁶ Cfr. Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 38, pp. 226-227.

⁴⁰⁷ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 68-69. Un interesante estudio sobre la estructura psicológica del juzgador, que concluye algunos perfiles extremos —por tratarse de un estudio de patologías vinculadas al delito de prevaricación— y los relaciona con la manera en que inciden en las decisiones judiciales, puede verse en Güidi Clas, Elisa María, *El perfil criminológico del juez prevaricador*, Barcelona, J. M. Bosch, 2003, pp. 19-45 y 339-355.

⁴⁰⁸ Véase Schmill, Ulises, y José Ramón Cossío, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 69 y ss.

⁴⁰⁹ Véase Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000, pp. 11 y 27-30.

⁴¹⁰ Véase Lifante Vidal, *op. cit.*, nota 8, cap. III, especialmente las pp. 104-109; y López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, pp. 177-184.

⁴¹¹ Cfr. Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 205; y *supra*, nota 170.

5. *Justificación y control de las decisiones interpretativas judiciales*

La interpretación judicial requiere justificarse para aparecer como un acto racional y no arbitrario, conforme a la pretensión de corrección del derecho, lo que alcanzará en cuanto esté de acuerdo con las valoraciones tenidas por correctas en un determinado contexto social para las labores jurisdiccional e interpretativa, los principios y demás reglas que emanen de ellas,⁴¹² a este deseo responde la ideología de la *decisión legal y racional* que es en la actualidad generalmente aceptada, aun en los sistemas romanistas.⁴¹³

La justificación de la decisión judicial, realizada formalmente a través de la expresión de las razones que condujeron al tribunal a optar por ella y no por otra alternativa, es en nuestro tiempo un requisito por el cual se intenta asegurar que dicha decisión sea la que mejor satisfaga a las partes y a las finalidades del ordenamiento jurídico, y haga posible su control a través de los mecanismos institucionales creados para ello (grados de jurisdicción, responsabilidad judicial, etc.), por la importancia que tiene la cosa juzgada que se establece por su medio.^{414 y 415} Sobre esto nos dice Wróblewski que

El requisito de dar justificaciones para las decisiones es de la más alta importancia, ya que provee de medios para la *objetivación controlada* de la posición adoptada por el tribunal. La decisión, tomada junto con su justificación, se presenta como un acto racional basado en normas legales válidas, en hechos establecidos por un conjunto de pruebas, en argumentos interpretativos, etc.⁴¹⁶

A este respecto es preciso distinguir entre los contextos de *descubrimiento y justificación*.⁴¹⁷ El primero se refiere a las circunstancias que dan lugar a la adopción de una decisión jurídica, identificables con los motivos que en realidad la originan y las cuales pueden ser de muy diversa índole: social, ideológica y aun psicológica. El segundo alude a las razones que se manifiestan para hacer aceptable dicha decisión, y con él se relaciona la argumentación jurídica.⁴¹⁸

⁴¹² Véase *supra*, § IV.

⁴¹³ Las otras ideologías son las de la decisión vinculada y de la libre decisión judicial; véase Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, pp. 74 y ss. *Cfr. supra*, nota 350.

⁴¹⁴ *Cfr.* Rentería, *op. cit.*, nota 92, p. 70. Además de la imparcialidad que entraña, la definitividad que impone la *cosa juzgada* constituye un elemento distintivo de la función jurisdiccional, y su importancia explica que se trate de asegurar en lo posible que la decisión judicial que la establece sea justificada; *cfr.* Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 359, pp. 699 y 713; y Gómez Lara, *op. cit.*, nota 353, p. 169.

⁴¹⁵ Según expone Atienza, la práctica de motivar las resoluciones judiciales se dio en los sistemas romanistas a partir del siglo XVIII —por ser esencial a su metodología, desde el siglo XII al *common law* nunca le ha faltado— y su importancia ha tenido una gran relevancia luego de la segunda guerra mundial que se explica por el auge de la argumentación jurídica desde entonces, que ha superado el “modelo alemán” de “orientación endoprosesal” y ha llevado la obligación argumentativa, como pedía Condorcet, a otros ámbitos jurídicos. Así que en aquellos sistemas ya es muy extendida la motivación de las sentencias, con la notable excepción del francés cuyos jueces “no motiva[n] en general su decisión más que de manera muy formal” y “rechaza[n] argumentar” —así lo mostrará cualquier resolución del Consejo Constitucional—. *Cfr.* Atienza, *op. cit.*, nota 77, p. 62, n. 1; y Grewe, Constance, “Le juge constitutionnel et l’interprétation européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 214.

⁴¹⁶ *Op. cit.*, nota 218, p. 13 (cursivas añadidas).

⁴¹⁷ Véase Atienza, *op. cit.*, nota 312, pp. 50-58; e *idem*, *op. cit.*, nota 308, pp. 4-6.

⁴¹⁸ *Idem*, *op. cit.*, nota 77, p. 13. “La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede

No nos parece que deba tomarse tan despectivamente, como hace el realismo jurídico, el dar mayor relevancia al contexto de justificación que al de descubrimiento; al cabo el problema de justificación de las decisiones judiciales no radica en lo que el tribunal exprese u omita en el discurso correspondiente, sino que los motivos que externe basten para tener por aceptable y “correcta” su decisión. El objeto de la justificación formal y material que las resoluciones judiciales contienen en sus partes considerativas, no es tanto hacer presentes todos y cada uno de los motivos que efectivamente llevaron al tribunal a tomar su decisión, lo que difícilmente podría lograrse a cabalidad sobre todo en relación con los procesos psicológicos y valoraciones subjetivas del juez, sino proporcionar en el máximo grado posible elementos objetivos y apreciables por cualquier persona, que permitan calificarlos y determinar su razonabilidad.⁴¹⁹ Esta justificación argumentativa de las decisiones jurídicas, que en el ámbito judicial se manifiesta a través del requisito de motivación de las resoluciones, sirve al conocimiento de las partes procesales⁴²⁰ y a proporcionar a la sociedad (democrática) compuesta por “los ciudadanos en general, que es donde radica la soberanía popular y de donde se nutre toda la judicatura”, elementos para calificar la corrección de sus resoluciones.⁴²¹

Lo anterior no quiere decir que las valoraciones generales a que obedezca el juez o las que personalmente sostenga —sean de tipo moral, económico, social o político— queden fuera de la justificación formal de la decisión interpretativa y no se expresen en la fundamentación de la decisión judicial; por el contrario: el reconocimiento al necesario papel que tienen en la interpretación judicial hace indispensable su clara exposición en la argumentación judicial, para ser ponderadas al determinarse su corrección, a fin de conjurar la posibilidad de arbitrariedad en la interpretación judicial.⁴²² La labor de los juzgadores es precisamente de carácter estimativo; por su naturaleza humana y por tratar el derecho con fenómenos que se relacionan con seres humanos como ellos, les toca apreciar los hechos que deben calificar jurídicamente, a través del prisma de determinadas axiología y teleología que deben quedar de manifiesto en la justificación de su resolución.⁴²³

El nuevo paradigma jurídico que forma la insuficiencia del positivismo tradicional para responder a los requerimientos de la sociedad actual, tiene un instrumento imprescindible en el uso apropiado de la estimativa jurídica y en la ideología de la decisión judicial legal y racional, para realizar equilibradamente los valores de seguridad y justicia. Al estar compuesto por elementos morales y principios, y otorgar mayor relevancia a intereses colectivos, el contemporáneo ideal jurídico requiere permanecer abierto a una constante reformulación según las necesidades de la sociedad, y en él los jueces tienen un preponderante papel que exige por lo menos atemperar el ideal que tradicionalmente han sostenido los sistemas romanistas sobre la función jurisdiccional, y reconocer el protagonismo judicial en la aplicación del derecho, permitiéndolo bajo criterios que aseguren su razonabilidad.⁴²⁴

fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación”, Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, Irapuato, Cárdenas, 1999, p. 159.

⁴¹⁹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 221, pp. 239 y 243; Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 82; y Rentería, *op. cit.*, nota 92, p. 55.

⁴²⁰ Que de este modo son “vist[as] y considerad[as] en su valor propio, en la dignidad de su entendimiento y su libertad” (Beuchot, *op. cit.*, nota 37, p. 90).

⁴²¹ Malem Seña, *op. cit.*, nota 24, p. 47. Cfr. Atienza, *loc. cit.*, nota 308.

⁴²² Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 69, p. 72; y Serna, *op. cit.*, nota 99, p. 232.

⁴²³ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 2, pp. 661-662; y Alexy, *loc. cit.*, nota 419.

⁴²⁴ Cfr. Kuhn, *op. cit.*, nota 383, pp. 141-142; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 148, p. 153; López Medina, *op. cit.*, nota 410, pp. 191-192; y Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 186, pp. 119-123.

CAPÍTULO SEGUNDO LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN

I. GENERALIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *¿Es diferente la interpretación constitucional?*

La primera cuestión que surge respecto de la interpretación constitucional, básica porque de su solución depende el sentido en que continuará el tratamiento doctrinal de este tema, se refiere a si es un concepto esencialmente diferente a la interpretación jurídica genérica, o si se trata de la misma acción interpretativa simplemente llevada a efecto en un particular ámbito jurídico, similar a la realizada en otras materias.

En principio tendemos a pensar que la interpretación constitucional es por completo diferente a la realizada en otras ramas del derecho y, como veremos, hay voces —y algunas de ellas muy prestigiadas— que sostienen esta postura. Pero no faltan quienes afirman lo contrario, que la interpretación constitucional en nada se distingue o que no lo hace en nada relevante, de otras especies de interpretación jurídica. Comenzaremos por exponer el punto de vista de los primeros y continuaremos con las objeciones a su posición, para lo cual clasificaremos las supuestas diferencias de la interpretación constitucional por su derivación de los siguientes rubros: 1) las funciones de la interpretación constitucional; y 2) la naturaleza de las disposiciones constitucionales.

En cuanto a las primeras, vimos en el capítulo anterior¹ que la tarea esencial de la interpretación jurídica es construir, a partir de textos prescriptivos de derecho a los que se dotará de significado, una norma que impondrá un determinado sentido a la conducta humana y servirá para calificar jurídicamente ciertos hechos. Al lado de esta función que llamaríamos de “aplicación”, se reconoce que la interpretación constitucional *in genere* tiene otras dos funciones: las de “orientación” y de “control”, siendo la última especialmente importante para establecer las particularidades de la interpretación constitucional.² La función de orientación tiende a establecer e informar sobre la permisión, prohibición u obligación constitucional de una conducta; la de control, salvaguardar la observancia del orden constitucional dentro de un cierto marco institucional.

A su vez, podemos dividir en dos grupos las supuestas diferencias específicas de la interpretación constitucional según la naturaleza de las disposiciones sobre las que recae, en las siguientes clases: las formales y las sustantivas. Las primeras se refieren al tipo de lenguaje utilizado en el texto constitucional, a su apertura y abstracción predominantes; las segundas, al contenido político y axiológico, a la variedad y a la aplicabilidad, de las disposiciones constitucionales.³ Por las anteriores características “especiales” de las disposiciones constitucionales, se ha dicho que la interpretación constitucional requiere una “particular sensibilidad” jurídica, política y social, y conocimientos técnicos especializados, lo cual la distingue de la interpretación jurídica “ordinaria” porque hace “insuficiente” para ella una teoría interpretativa sin este enfoque especializado.⁴

¹ § I.2.A.

² Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, pp. 93-95.

³ Véase *ibidem*, pp. 102 y ss.

⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano (primera parte)”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 21; y Ehmke, Horst, “Prinzipien der

Los anteriores argumentos han sido directamente contestados. Toda vez que las “diferentes” funciones de la interpretación constitucional pueden incluirse en el género de “aplicación jurídica”, al no excluirse entre sí y tender a la finalidad directa o indirecta de modificar normativamente la realidad,⁵ con base en el pensamiento de Kelsen⁶ se ha afirmado que el hecho de que la Constitución determine el contenido y la regularidad de los actos que la aplican especificando sus normas, “no la hace en nada diferente a los demás actos jurídicos” y de ahí se concluye que tampoco es distinta su interpretación porque no cambia la función de esa actividad.⁷ Por lo que respecta a la amplitud de sus términos, que provocan que los intérpretes constitucionales ejerzan una discrecionalidad muy extensa, veremos que ello tampoco es un argumento suficiente para concluir la diferencia esencial entre la interpretación constitucional y la que se da en cualquier otra materia jurídica.⁸

En cuanto al contenido de la Constitución, también se ha tenido como es insuficiente para justificar una diferencia cualitativa en la interpretación constitucional pues, como “todo fenómeno se presenta de cierta manera que le es exclusiva”, sería absurdo pretender establecer una disciplina particular que se ocupe de cada uno de ellos que se dé en la realidad y, asimismo, tampoco es bastante para distinguir esencialmente la interpretación de la Constitución por la mayor o menor rigidez que ésta tuviera o la superioridad de su autor.⁹ Lo mismo cabe sobre la indeterminación de las disposiciones constitucionales, que por sí sola no basta para tener como esencialmente diferente la interpretación de la Constitución, pues también puede caracterizar a disposiciones “ordinarias”.¹⁰

Una de las trincheras más importantes de los defensores de la distinción de la interpretación constitucional, es que dicha actividad se distingue por el contenido político de las normas fundamentales y las serias implicaciones políticas de las decisiones relativas a su aplicación, especialmente las de la jurisdicción constitucional.¹¹ Sin embargo, esta particularidad —que bien podría serlo— no parece relevante para distinguir esencialmente la interpretación de la Constitución, porque problemas políticos de cierta gravedad pueden tener lugar incluso en cuestiones tocantes a la legislación ordinaria, y también las decisiones de órganos de otra especie jurisdiccional y que asimismo carecen de relación directa con lo constitucional, pueden tener repercusiones políticas muy amplias, por lo que la “relevancia”

Verfassungsinterpretation”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königsberg, Athenäum, 1981, pp. 337-338.

⁵ Cfr. Wróblewski, *op. cit.*, nota 2, p. 95.

⁶ “La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. [...] La relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación”, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 349.

⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 120-121.

⁸ *Infra*, § IV.3.

⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 121-123 (negritas en el original del texto transcrito).

¹⁰ Cfr. Starck, Christian, “Die Verfassungsauslegung”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 200.

¹¹ “[L]os errores de interpretación constitucional perturban la vida del país, suscitan desacuerdos entre los poderes públicos y comprometen el prestigio de las instituciones”, Maximiliano, Carlos, *Hermenéutica e aplicação do direito*, Río de Janeiro, 1947, p. VII, citado en Niño, José Antonio, *La interpretación de las leyes*, México, Porrúa, 1971, p. 198. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 83-85.

política de la interpretación constitucional —aunque no se niega— no es determinante para reconocer en ella una naturaleza absolutamente distinta.¹²

La interpretación jurídica es un tema cuyo desarrollo corresponde en primerísimo término a la *filosofía*, específicamente su rama hermenéutica que se ocupa de la interpretación en general y no sólo de la relativa a textos jurídicos; en segundo lugar, a la *filosofía del derecho* sobre la base sentada por la hermenéutica general; y finalmente a la *dogmática jurídica* en cada uno de los ámbitos especializados del derecho (constitucional, civil, penal, etc.).¹³

La hermenéutica aporta las bases esenciales para comprender el acto interpretativo en general: en qué consiste, quiénes intervienen en él, su(s) finalidad(es), etc.;¹⁴ con estos paradigmas, la filosofía del derecho —una sección de la general—, como ciencia que busca engarzar lo jurídico con el mundo que lo rodea,¹⁵ construye una teoría general de la interpretación jurídica, que intenta establecer las diferencias y necesidades específicas de ésta con la general y cuyos postulados necesariamente entran en juego también en la interpretación constitucional porque le brindan apoyo, según incluso por autores que pretenden establecer una diferencia esencial en esta especie de interpretación del derecho;¹⁶ por último, a nivel dogmático, sobre la estructura anteriormente conformada se reconocen especiales necesidades en cada ámbito jurídico que, si bien especifican la interpretación jurídica, ello sólo es en aspectos contingentes y no esenciales, pues la actividad sigue siendo la misma: dotar de significado a una disposición jurídica.¹⁷

La respuesta a la cuestión planteada en este epígrafe: que la interpretación constitucional es a la vez parecida y diferente a la de otras materias jurídicas, parece ambigua pero en realidad es *sutil* y hace que la discusión sobre la naturaleza especial de la interpretación constitucional sea “en gran medida terminológica, o a lo sumo se trat[e] más bien de la acentuación de matices aunque con una coincidencia en lo fundamental”.¹⁸ La interpretación de la ley fundamental tiene el mismo objeto y características de cualquier otra de tipo jurídico y, aún puede decirse, de toda otra clase de interpretación, ya que comparten las mismas bases fundamentales son las mismas que para cualquier otra clase de interpretación; porque todas tienen por objeto “poner un texto en su contexto”¹⁹ y gracias a ello todas resultan *análogas*: semejantes y disímiles a la vez. Pese a sus coincidencias, la interpretación constitucional no es igual a la de los Códigos Penal o Civil, y el contenido más abstracto de la ley fundamental requiere que el intérprete cuente con mayores recursos para su comprensión que quien interpreta a una disposición de un reglamento de tránsito —por irnos al extremo—, lo que ha

¹² Cfr. Igartua Salaverría, Juan, “La interpretación de la Constitución (notas introductorias)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 9, mayo-agosto de 1984, pp. 14-15.

¹³ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, pp. 3412-3413.

¹⁴ Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2002, p. 12.

¹⁵ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 18.

¹⁶ Cfr. Fix-Zamudio, *loc. cit.*, nota 4; y Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 255.

¹⁷ “...la interpretación civil, la penal o la procesal es una s[o]la, pero [se] reconoce que cada una de ellas tiene sus peculiaridades...”, García Belaunde, *op. cit.*, nota 13, p. 3413. De la misma opinión es Wróblewski, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

¹⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, p. 78.

¹⁹ Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Itaca, 2005, p. 17.

ocasionado que su interpretación se tenga por una actividad diferente a la realizada en otras materias jurídicas y sostener que la analogía entre la Constitución y la ley ordinaria es sólo una “ficción” —no lo es, sino creemos que tal analogía ha sido malentendida—. ²⁰

No obstante que en la interpretación constitucional pueden apreciarse las mencionadas y otras particularidades, ellas se refieren sólo a cuestiones interpretativas *contingentes* y por lo tanto no transforman la esencia de dicha actividad cuando tiene por objeto a la Constitución; diríamos que la interpretación de ésta sería “más amplia y elaborada”, al requerir una argumentación más compleja, pero no (del todo) diferente a la de otras materias. ²¹ La interpretación constitucional coincide con la realizada en otros campos jurídicos en sus aspectos esenciales, al basarse igualmente en una teoría general de la interpretación jurídica y sus postulados básicos, aunque difiere a su respecto en cuanto debe atender las particularidades de la Constitución que simplemente hacen más difícil dicha actividad, pero no esencialmente diferente en términos generales; ello no es más que el reflejo de la analogía que guardan las distintas especies de interpretación, que las basa sobre postulados fundamentalísimos en los aspectos en que son parecidas y las distingue en lo que sean diferentes, particularmente en lo relativo a sus exigencias metodológicas. ²²

Las características de la norma constitucional que provocan diversos problemas referentes a su interpretación y a cuyo estudio nos abocaremos en las secciones siguientes de este capítulo, son en resumen: *a)* la naturaleza y la estructura de las normas constitucionales; *b)* el carácter político fundamental de la Constitución; *c)* la supremacía jurídica de la Constitución y sus consecuencias para su relación con los demás integrantes del ordenamiento jurídico; y *d)* la dinámica jurídico-política de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación definitiva de las disposiciones constitucionales. ²³

Podríamos decir con el *justice* Antonin Scalia —aunque no compartiendo del todo su opinión—, que “el problema [de la interpretación constitucional] es distinto, no porque se apliquen principios de interpretación especiales sino porque los principios usuales se aplican a un *texto inusual*”. ²⁴ Aunque son aplicables a la interpretación constitucional ciertos —llamémoslos así por ahora— “principios exclusivos”, como tiene sus particularidades la interpretación en otras materias, ello no conduce a afirmar que tenga una naturaleza absolutamente “distinta” a la jurídica en general.

2. La interpretación definitiva de la Constitución

Siendo que múltiples sujetos aplican cotidianamente las disposiciones formales y sustantivas de la Constitución, realizando necesariamente para ello su interpretación, es evidente que ésta no es privilegio exclusivo de un solo órgano o persona. No sería difícil constatar —y parece inútil que lo intentemos siquiera— que las disposiciones constitucionales

²⁰ Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich/Francia del Meno, C.H. Beck, año 29, núm. 46, 16 de noviembre de 1976, pp. 2090-2091.

²¹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 19, p. 34; y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 294-295.

²² Beuchot, *op. cit.*, nota 19, p. 163.

²³ Más o menos en estas direcciones se han esbozado las particularidades de la interpretación constitucional. Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 16, pp. 265-273; y García Belaunde, *op. cit.*, nota 13, pp. 3422-3425.

²⁴ “Common-law courts in a civil-law system. The role of United States federal courts in interpreting the Constitution and laws”, en Gutmann, Amy (ed.), *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998, p. 37 (cursivas añadidas).

son, todos los días y a cada rato, objeto de aplicación (actual o potencial) y de interpretación por los más diversos sujetos: el órgano legislativo, los tribunales (constitucionales y ordinarios), la administración pública y aun los particulares.²⁵

Ya que de lo contrario se menoscabaría uno de los principales valores del derecho, la *seguridad jurídica*, o si se quiere por simples razones de funcionalidad, es necesario que exista algún sujeto que tenga la última palabra en caso de haber desacuerdo sobre la interpretación de una disposición constitucional, por cuya decisión se establezca definitivamente el sentido de deba dársele;²⁶ es inconcebible una serie infinita de “revisores” de la interpretación constitucional (o aun de la aplicación jurídica ordinaria). El problema —que es más cuestión de decisión política que de técnica jurídica— es ungiar a quien tendrá dicha responsabilidad, a quien será el oráculo de la Constitución a semejanza de los pontífices romanos.²⁷

A esta interpretación definitiva de la Constitución, que se considera “correcta” al provenir del órgano estatal autorizado para emitirla dogmática y formalmente, puede calificarse de “auténtica”, aunque en sentido estricto por tal debe entenderse sólo la realizada por el mismo autor del texto interpretado, por ejemplo: la aclaración de significado que hace el legislador respecto de la ley que emitió, y además la realidad presenta diversos casos en que una interpretación puede reputarse “auténtica”.²⁸

Es improbable encontrarnos frente al caso de una “interpretación auténtica” *stricto sensu* de las normas constitucionales, es decir la realizada por su mismo autor, porque “comúnmente, las asambleas constituyentes, una vez que han aprobado el texto constitucional, se disuelven”²⁹ y, aunque la reforma constitucional se encargue a un conjunto de órganos estatales ordinarios —como el llamado “constituyente permanente”—, el grado de dificultad de este procedimiento que nos parece tiene la mayoría de las Constituciones occidentales, puede dificultar una interpretación parlamentaria auténtica de la Constitución.

La mayor certeza en el significado de las disposiciones constitucionales hace imperativa la existencia de *un solo órgano* que defina el sentido y alcances que finalmente deban tener, que oriente la interpretación de los demás sujetos que aplican la Constitución y dé término a las controversias que al respecto se susciten. En la actualidad, la interpretación definitiva de la Constitución no se afilia a una teoría objetiva que suponga la existencia de un significado inmanente e inmutable de las disposiciones constitucionales, sino adopta un perfil hermenéutico y racionalista o prudencial, y su elemento característico es más bien la autoridad vinculante y definitiva de su resultado.³⁰ Los órganos que parecen más llamados a esta función son las asambleas parlamentarias y los tribunales,³¹ por lo cual dedicaremos las siguientes líneas a su papel de intérpretes auténticos de la Constitución.

²⁵ Cfr. Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 397.

²⁶ Cfr. García Belaunde, *op. cit.*, nota 23, p. 3430; y Schmill, Ulises, y José Ramón Cossío, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 62.

²⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 28-31.

²⁸ Guastini expone una interesante tipología de la interpretación auténtica, que además de las mencionadas (la definitiva y la realizada por el propio autor del texto interpretado), incluye la seudointerpretación por cambio constitucional y el caso de una Constitución flexible “interpretada” por una ley ordinaria. Véase *op. cit.*, nota 16, pp. 261-262.

²⁹ *Ibidem*, p. 261.

³⁰ Cfr. Figueroa Morantes, Jorge Enrique, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001, pp. 56-57 y 60.

³¹ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 397-398; y Vigo, *op. cit.*, nota 18, p. 101.

Es de suma trascendencia la labor interpretativa constitucional del legislador, que realiza aplicando las disposiciones de la normatividad iusfundamental —especialmente sustantiva— en las leyes que emite. Por sus efectos generales, la legislación en gran medida es responsable del cumplimiento del programa constitucional, de la solución de conflictos de intereses y de imponer y/o impedir conductas a otros órganos estatales; el legislador orienta efectivamente con su actividad —las más de las veces, casi inmediatamente— diversos ámbitos políticos y sociales, en el sentido en que *él mismo* entiende las normas de la Constitución por la interpretación que de ellas realiza y en cuyo sentido las despliega.³²

Al lado de lo anterior y para buscar la máxima legitimidad política, en una democracia representativa parece razonable otorgar al legislador la facultad de interpretar definitivamente la Constitución, porque si ésta es producto de la soberanía y de la voluntad popular que activa o pasivamente la ha otorgado, correspondería a esta misma voluntad representada por la asamblea legislativa, determinar el “auténtico” y “correcto” sentido de los preceptos constitucionales,³³ aunque esta posición ha sido ya superada.³⁴ En fin, el legislador tiene una larga historia como intérprete auténtico de su propia obra y también como intérprete definitivo (auténtico *lato sensu*) de la Constitución.³⁵

Por otra parte, en tanto se conciba la Constitución como norma jurídica dentro de un régimen de derecho en el que impere el *principio de juridicidad*, y se encargue a los tribunales vigilar en última instancia el respeto al derecho, claramente correspondería a estos órganos encargarse de la interpretación definitiva de la Constitución, ya no tanto porque así se estimara conveniente sino por el curso natural e inevitable del procedimiento de aplicación del derecho que, de un modo u otro, culminaría ante ellos.³⁶

Además, grandes ventajas hacen deseable que los tribunales sean intérpretes constitucionales definitivos:³⁷ 1) dicha interpretación sería *calificada* por la naturaleza profesional de quienes la realizan y gozaría de una presunción de idoneidad; 2) también sería *casuística* y establecería el sentido de la Constitución en situaciones de litigio reales y concretas, no hipotéticas —aun en el control abstracto no hay una lectura en el vacío de la ley fundamental—, sin una generalidad desmedida; y 3) la *imparcialidad* característica de la jurisdicción contribuiría a que su interpretación sirva objetivamente al orden de la Constitución y no a los intereses de alguna de las partes, máxime considerando que “el

³² Véase Schuppert, Gunnar Folke, y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 45-48.

³³ Guastini, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?” (trad. de María Bono López), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 70. “En una democracia representativa [la ley] es la expresión inmediata de la formación de la voluntad democrática plural”, *ibidem*, p. 46; véase Berlín Valenzuela, Francisco, *Derecho parlamentario*, México, FCE, 1995, pp. 60-62 y 138-139.

³⁴ Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “El Congreso como intérprete de la Constitución”, en Hernández, Antonio María, y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 305-306.

³⁵ Por lo que respecta al *iter* histórico del legislador como intérprete auténtico, relevante para México, puede decirse que su primer antecedente se remonta a las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, llamando la atención lo dispuesto en los artículos 131 de la Constitución de Cádiz y 165 de la Constitución mexicana de 1824; véase González Oropeza, Manuel, “El legislador como intérprete constitucional”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, Laguna, 3a. época, año VIII, octubre de 2003, pp. 16-23.

³⁶ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 398.

³⁷ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 3-4.

derecho constitucional es el ámbito del Poder, y específicamente del Poder político, un elemento tradicionalmente renuente a ser domesticado por preceptos legales”.³⁸

La determinación de quién sea el intérprete auténtico de la Constitución no es de importancia secundaria sino, por el contrario, es de carácter *fundamental* porque de ella depende la *legitimidad política* de quien se encargue —por investidura propia o ajena— de esa función. Un buen ejemplo de esto lo ofrecen los problemas que al respecto tiene la Suprema Corte de los Estados Unidos de América; la autoridad de este tribunal como intérprete auténtico de la Constitución norteamericana, se puso en entredicho porque “[el Presidente y el Congreso] son intérpretes constitucionales con tanta autoridad como la Corte, dado que las tres ramas del gobierno federal son iguales según la Constitución”, no antes de *Marbury v. Madison* (1803) ni controvirtiendo esta importante decisión luego de unos cuantos años, ¡sino en 1987 por Edwin Meese, Procurador General del Presidente Reagan!, casi doscientos años después de instituida la *judicial review* en el caso mencionado y apenas hace unas décadas.³⁹

3. *Ubicación de la interpretación constitucional: ¿teoría de la Constitución o derecho procesal constitucional?*

Por lo que toca a la interpretación constitucional, sería ocioso y en extremo prolijo listar los trabajos académicos que se han ocupado de ella, con el fin de verificar en qué disciplina jurídica especial han ubicado el tema, aunque fueran únicamente los más esenciales; fácilmente puede verse, y no creemos equivocarnos, que lo adscriben ya sea a la *teoría constitucional* o bien al *derecho procesal constitucional*, de donde surge la duda de a cuál de ellas corresponde ocuparse del tema, para efectos de puridad en la división de funciones de las ramas de la ciencia jurídica.

El concepto de “teoría de la Constitución” o “teoría constitucional” tomó carta de naturaleza por el tratado clásico de Carl Schmitt que lleva ese nombre.⁴⁰ En el prólogo a dicha obra este autor germano expresó que “no es un comentario ni una serie de disertaciones monográficas aisladas, sino la tentativa de un *sistema*”, que buscaba ubicar debidamente cuestiones fundamentales que para entonces no habían sido tratadas debidamente en Alemania y “tenían una oscura posición entre la teoría del Estado en general y los temas filosóficos, históricos y sociológicos”.⁴¹ La teoría constitucional pretende ofrecer un estudio sistemático de la naturaleza de la Constitución y sus elementos, así como de los fenómenos políticos y sociales que convergen en o derivan de ella, en un sentido abstracto, sin referencia a un sistema de derecho positivo particular.⁴²

La necesidad de interpretar la Constitución para su aplicación a la realidad es indudablemente un fenómeno que deriva de su misma existencia, el cual necesariamente está determinado en su realización y resultados por la forma en que se conciben la esencia

³⁸ Cfr. *supra*, cap. primero, § V.2; y Sagüés, *op. cit.*, nota 37, p. 4. Para una clasificación de la “manipulación constitucional”, véase Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la manipulación constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 293-305.

³⁹ Cfr. Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 637-638.

⁴⁰ Cfr. Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 2-3.

⁴¹ Cfr. *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. XI (cursivas en el original).

⁴² Cfr. Covián Andrade, Miguel, *Teoría constitucional*, 2a. ed., México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2001, p. 1.

constitucional y los efectos filosóficos, jurídicos, políticos y sociales, que se le atribuyan.⁴³ Puede decirse por lo anterior que corresponde a una de las grandes ramas de la teoría constitucional el estudio de las especificaciones de la interpretación constitucional, que excedan el ámbito de la teoría general de interpretación jurídica y en tanto deriven de las fenómenos exclusivamente asociados con la naturaleza de la Constitución, formándose así una —digamos— “teoría general de la interpretación constitucional”, derivada de la más general formulada por la filosofía del derecho.⁴⁴

El derecho procesal constitucional es una rama jurídica que estudia los procedimientos de solución de “conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones *fundamentales*”;⁴⁵ su formación es más o menos reciente, pero a lo largo de las últimas décadas ha perfilado sus caracteres y éstos han sido reconocidos más extensamente, como muestra la plétora de trabajos que lo abordan con esa precisa denominación. En términos generales, dentro del campo de estudio del derecho procesal constitucional se incluyen los fenómenos relativos al derecho de acción, a la jurisdicción y al proceso, relevantes para dirimir litigios derivados de la aplicación de, o relacionados con, disposiciones constitucionales.⁴⁶ La inclusión de la interpretación constitucional en esta disciplina procesal especial, podría justificarse por el hecho de “representar [dicha interpretación] la actividad esencial que realizan los tribunales, cortes y salas constitucionales”,⁴⁷ al ser un elemento indispensable de la última etapa procesal: el juicio.⁴⁸

Para no confundir los alcances de la teoría constitucional y del derecho procesal constitucional, somos de la opinión de que, en principio y genéricamente, corresponde a la primera tratar la interpretación de la ley fundamental y, al segundo, sólo en cuanto órganos jurisdiccionales realicen dicha interpretación dentro de procedimientos previstos para guardar la integridad del orden establecido por la Constitución, principalmente en lo referente a la configuración procesal constitucional (enunciativamente: facultades de los mencionados órganos; tipos de procesos creados para el control constitucional; relaciones entre su actividad y las demás instituciones jurídicas, políticas y sociales; etc.) sea determinante para, o determinada por, la manera de llevarse a cabo dicha interpretación en las condiciones apuntadas.

⁴³ Cfr. García Belaunde, *op. cit.*, nota 23, p. 3413; y Starck, *op. cit.*, nota 10, p. 196.

⁴⁴ Cfr. Raz, Joseph, “On the authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, p. 157.

⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, p. 46 (cursivas añadidas).

⁴⁶ Véase García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 11-21.

⁴⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Mara Gómez Pérez y Rafael Coello Cetina, “Nota a la tercera edición”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, p. XXXI.

⁴⁸ *Supra*, cap. primero, notas 352 y 353.

II. CONTENIDO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. *La Constitución como ordenamiento fundamental de la sociedad*

A. *Ideario político y social*

El término “Constitución” tiene muy diversas acepciones que dan relevancia a diferentes aspectos del fenómeno político: sociológicos, normativos, filosóficos y hasta estéticos. Nos referimos en este trabajo, desde luego, a la Constitución en un sentido *jurídico-positivo*, como un sistema de normas —generalmente escritas y codificadas— que, otorgadas por un poder constituyente, que busca imponer una forma ideal de organizar la actividad del Estado y la vida social.⁴⁹

En los inicios del constitucionalismo, se veía la ley fundamental como un ordenamiento que regulaba exclusivamente la actividad estatal que también, con un poco de flexibilidad, establecía algunas directivas para las relaciones entre el Estado y los gobernados como derechos fundamentales de éstos.⁵⁰ Hoy se le concibe desde una perspectiva más amplia; la opinión predominante sostiene que es una regulación jurídica “fundamental”, es decir “que constituye”, la cual *establece los fines y valores estatales más importantes y organiza el ejercicio del poder público en vista de su realización*, en especial determinando el contenido de la producción jurídica sucesiva; pero sin limitarse a aquellos directamente relacionados con la actividad del Estado, sino *extendiéndose a otros elementos de la vida colectiva*, adquiriendo por ello una faceta “política”⁵¹ y otra “social”.⁵² La Constitución es, en resumen, el ordenamiento fundamental del Estado y de la sociedad, aunque entendemos todavía —sin que sea posible hacer otra cosa— que la *primerísima función* constitucional es regular y controlar la actividad estatal sea formal, material o procedimentalmente.⁵³ Raz expone así esta dimensión social de la Constitución:

Ella sirve, puede decirse, no sólo como una ley de juristas (*lawyer’s law*), sino como una ley del pueblo (*people’s law*). Sus principales disposiciones son generalmente conocidas, mandan

⁴⁹ Véanse Schmitt, *op. cit.*, nota 41, p. 3; Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 8; y Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 282-284 y 322-323.

⁵⁰ *Cfr.* Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, nota 310, pp. 20-23; Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, FCE, 2002, p. 479; y Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1987, p. 292.

⁵¹ Siguiendo al maestro Burgoa, al calificar *grosso modo* de “política” la faceta constitucional directamente relacionada con la actividad del Estado, no pretendemos hacer uso indebido de ese adjetivo que es mucho más amplio y complejo ya que se refiere en términos generales a “la organización y actuación autónoma de la cooperación social en un territorio” y estamos conscientes de que no toda actividad estatal es política y viceversa. Véase Heller, *op. cit.*, nota 50, pp. 221-224.

⁵² *Cfr.* Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 10-11; Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 3; Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 281-282; Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 31-33; y Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 257.

⁵³ *Cfr.* Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, FCE, 1999, p. 217.

consentimiento general y se tienen como la ideología común (o parte de ella) que gobierna la vida pública en ese país. (La Constitución expresa una *ideología común*.)⁵⁴

Para la realización de ciertos fines colectivos resulta insuficiente o inadecuada la actividad de agentes privados o particulares y requiere una institución —el Estado— que organice y unifique esfuerzos y cuya actividad tienda a satisfacerlos, lo que sencillamente requiere “unidad política” —ahora sí en el sentido de “cooperación social”— en la sociedad; en ello radica la justificación del Estado y la necesidad de su regulación.⁵⁵ Constitución y unidad política son conceptos que se implican recíprocamente: la primera necesita de la última para existir; la segunda requiere de la primera para establecerse, continuarse y culminarse.⁵⁶

En la Constitución se contienen las llamadas “decisiones políticas fundamentales”, que normativamente imponen a esta unidad política manifestada a través del Estado, una concreta forma de existencia al determinar el modo en que se organizará el Estado, sus funciones y la potestad de actuar en consecuencia. Las disposiciones constitucionales son “decisiones existenciales” frente a las cuales cualquier otra regulación puede relativizarse;⁵⁷ pero no sólo se refieren a la estructura del Estado, sino también a ciertos “principios supremos” que deben regir la vida de la sociedad.⁵⁸

Entonces, los derechos fundamentales y otras “declaraciones” de principio, integrantes de la sección “dogmática” de la Constitución y que inicialmente no se pensaban auténticamente constitucionales,⁵⁹ son un elemento esencial de la ley fundamental como directrices según las cuales “deben construirse la unidad política y percibirse las funciones del Estado, así como establecerse obligatoriamente la totalidad del ordenamiento jurídico dado”.⁶⁰ Lo anterior se justifica en tanto la parte dogmática⁶¹ de la Constitución se integra por aquellos principios —y las reglas que de ellos deriven— a los cuales el Constituyente otorga indiscutible valor de verdad al imponerlos como norma de conducta en el texto constitucional, y que tienen tal carácter porque configuran *ideológicamente* —aunque no orgánica o formalmente— al Estado y a la sociedad a través de la actuación de éste, señalando los ideales y fines que debe satisfacer o salvaguardar.

⁵⁴ *Op. cit.*, nota 44, p. 154 (énfasis en el original).

⁵⁵ *Cfr.* Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José Lión Depetre, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, p. 251; Jellinek, *op. cit.*, nota 50, pp. 227; Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 9-10; y Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 303.

⁵⁶ *Cfr.* Isensee, Josef, “Verfassungsrecht als ‘politisches Recht’”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 159.

⁵⁷ *Cfr.* Schmitt, *op. cit.*, nota 41, pp. 21-25. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha seguido la doctrina schmittiana al sostener que existen “ciertos principios y *decisiones fundamentales* constitucionales, a los cuales se subordinan las determinaciones singulares de la Constitución”, como el principio democrático y la forma federal de Estado, obviamente condicionado por lo dispuesto en el art. 79.3 de su Ley Fundamental; BVerfGE 1, 14 (32-35) (cursivas añadidas al texto transcrito)

⁵⁸ Guastini, *op. cit.*, nota 52, p. 44.

⁵⁹ Véase Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 11, pp. 22-25 y 512-513.

⁶⁰ Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 12.

⁶¹ Recordemos que “dogma” es una “[p]roposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia” y el “[f]undamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión”. Su etimología ayuda a esclarecer el auténtico sentido del vocablo; proviniendo del griego “δόγμα” (decreto), dicha proposición se establece generalmente *ex auctoritate* a través de una resolución volitiva que, en nuestro caso, corresponde al Constituyente quien consagra en el texto constitucional los principios fundamentales del ordenamiento que estime convenientes. *Cfr.* Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, voz: “dogma”; y Mateos Muñoz, Agustín, *Compendio de etimologías grecolatinas del español*, 30a. ed., Naucalpan, Esfinge, 1992, p. 301.

B. Acuerdo político fundamental y democrático

El sentido político de una Constitución escrita puede sintetizarse en dos consideraciones que respectivamente la tienen: 1) como un acto cuyo autor es el pueblo en ejercicio de la soberanía de la que es titular, y 2) como una ley fundacional (*foundational*) de un régimen de gobierno, y fundamental que establece principios generales que restringen la dirección política. Entre ambos aspectos hubo en principio una tensión que expresaba la tesis de que la democracia como autogobierno popular era incompatible con la idea constitucional, ya que ésta limita el ejercicio autónomo de los ciudadanos y, en contrapartida, una mayor inclinación hacia la amplitud de la eficacia de la voluntad popular amenaza a la Constitución y a los derechos fundamentales que establece;⁶² en términos más simples: con mayores restricciones constitucionales habrá menor espacio a la decisión política democrática y, contrariamente, mientras más fuerza tenga ésta se reducirá la de la Constitución y “en un importante sentido se volverá inoperante como ley fundacional”.⁶³ Con lo anterior muy sucintamente presentamos los temas que expondremos en esta sección, los cuales tienen una importancia total para la interpretación constitucional.

a. Potestad constitucional y legitimidad constitucionales

Sin importar a qué tesis acerca del origen de la Constitución nos adhiramos, llegaremos a la misma conclusión: “siempre es indispensable recurrir a la noción de un poder emisor. [...] El mito de los orígenes puede entonces conducir a la siguiente proposición: en el comienzo era la potestad (*pouvoir*) constitucional”.⁶⁴ Mas para definir ésta se requiere hacer un recuento de su evolución.

La creación de una Constitución escrita deriva del contractualismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, e inmediatamente del sostenido por Rousseau.⁶⁵ Antes que cualquier otra cosa, para este autor clásico el “verdadero fundamento de la sociedad” se encuentra en el “acto por el cual un pueblo se constituye en tal”, que hace consistir en una convención o pacto por el cual los seres humanos acordaron unirse en una comunidad y ejercerán como un conjunto denominado “pueblo” la autoridad soberana que corresponderá a su “voluntad general”.⁶⁶ Rousseau se refiere en realidad a un momento mítico de la formación de la sociedad, pero sencillamente inoculó el germen constitucionalista: “el [pueblo] soberano estatuye que habrá

⁶² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006, p. 184.

⁶³ Rubinfeld, Jed, “Legitimacy and interpretation”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, p. 210.

⁶⁴ Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 192. La tesis “extrajurídica” del poder constituyente sostiene que la facultad de éste para expedir la Constitución

⁶⁵ Dalla Via, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 76. En la siguiente exposición, de la “particularmente complicada y sobre todo contradictoria” exposición de este clásico, rescatamos —como prácticamente todo el mundo— “sus fórmulas generales”, y no pretendemos adentrarnos al análisis de su doctrina; véase Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, pp. 878-879.

⁶⁶ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Mérida, Yuc., Dante, 1988, lib. I, caps. V y VI, pp. 17-20. La “voluntad general” rousseauiana es “una sola voluntad relativa a la común conservación y al bien general” (lib. IV, cap. I, p. 111), que ejerce el “soberano” —o sea al “pueblo”— en la dirección de los asuntos públicos, siendo obvio que Rousseau propone al menos parcialmente una *democracia directa* porque dicha “voluntad” no puede ser representada (lib. II, caps. I y II) y requiere la periódica deliberación popular, aunque rechaza esa forma de gobierno por ser “[u]n gobierno tan perfecto que no conviene a los hombres” (lib. III, caps. VI y XVII, pp. 76 y 110).

un cuerpo de gobierno establecido bajo tal o cual forma: este acto es evidentemente una ley” y “no existe en el Estado ninguna ley fundamental que no pueda revocarse, incluso el mismo pacto social, pues si todos los ciudadanos se reuniesen para romperlo de común acuerdo, es indudable que el acto sería legítimo”.⁶⁷

La idea de un “contrato social” ya imperaba a mediados del siglo XVIII y sólo bastó un paso desde que Rousseau la uniera a la “soberanía popular” —paradójica y sorpresivamente, porque eran opuestas—, para convertirse en el constitucionalismo que conocemos: la idea de un “poder constituyente” soberano y titular de la “voluntad general”.⁶⁸ Éste fue entendido de manera diferente por los norteamericanos que lo ejercieron primeramente y los franceses que lo importaron y le dieron forma teórica por conducto de Sieyès, dando lugar a divergencias que trataremos más adelante;⁶⁹ pero lo que ahora importa es la conclusión de que los individuos acuerdan su vida común y se convierten por lo mismo en *pueblo* que, en uso de su *soberanía*, expide la Constitución que regirá su vida colectiva y establecerá su forma de gobierno,⁷⁰ de manera que bien visto el “contrato social” no equivale a la ley fundamental: ésta deriva de aquél.⁷¹

De acuerdo con Rousseau, el “contrato social” supone la unanimidad de los ciudadanos sobre un punto esencial: vivir en sociedad; que funda incluso que una mayoría imponga su voluntad a una minoría —claro que este autor la concibe como “general” y enfocada a lograr el “bien común”—; y aunque el momento en que el acuerdo de convivencia se celebró es mítico, su vigencia se asegura por la constante y renovada voluntad de todos los ciudadanos — en el presente y futuro— de vivir en sociedad en un particular Estado. El “pacto social” se refiere sólo a este último punto, y en consecuencia únicamente él requiere la aquiescencia de la totalidad de los ciudadanos; la “ley fundamental” que establece el régimen de gobierno que elegirá el pueblo, en cambio, no requiere de esa unanimidad, sino sólo que se conforme según la “voluntad general” que no es necesariamente unánime, pero tampoco la constituye una simple mayoría decisionista: es la tendencia al bien común que beneficia a la comunidad —y que pueden o no querer los sujetos o grupos particulares—;⁷² al cabo la “*volonté générale*” y no la “*volonté de tous*” es el principio del derecho político.⁷³

⁶⁷ *Ibidem*, lib. III, cap. XVII, pp. 107 y 110.

⁶⁸ Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 100-104 y 111-114.

⁶⁹ *Infra*, § II.1.B.

⁷⁰ El “pacto social” por el cual los individuos se constituyen como “pueblo soberano” es de lo que deriva la *Grundnorm* kelseniana, que es sólo una construcción meramente intelectual que funge como presupuesto lógico de todo el ordenamiento, en la teoría pura del maestro vienés. La soberanía del pueblo —o sus representantes— lo hace competente para expedir la ley fundamental; obviamente, antes tuvieron los individuos que acordar unánimemente su convivencia y convertirse en “pueblo soberano”. Véanse Kelsen, *op. cit.*, nota 6, p. 206; y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 444.

⁷¹ Cfr. Schmitt, *op. cit.*, nota 41, pp. 61-62; y Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, en Isensee, Josef y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, vol. I, p. 891. “[E]l derecho propiamente dicho sólo puede concebirse en el Estado una vez formado éste, y por consiguiente, es inútil buscar el fundamento o la génesis jurídicos del Estado”, Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, p. 1167 (cursivas en el original).

⁷² “Rousseau no tiene más remedio que admitir, en último término, que la voluntad general quedará determinada por las voluntades de la mayoría”, Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, p. 877. “En efecto, si no hubiera una convención anterior, ¿en dónde estaría la obligación, a menos que la elección fuese unánime, de los menos a someterse a los más? Y ¿con qué derecho, ciento que quieren un amo, votan por diez que no lo desean La ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención que supone, por lo menos una vez,

Bien nota Ferrajoli, apoyándose en Kelsen, que *la Constitución no implica la unanimidad y atribuírsela no es más que una “tesis ideológica”*: el “pueblo soberano” y su “voluntad general” es una mixtura de intereses y visiones heterogéneos, muchas veces conflictivas, además de que conforme al filósofo ginebrino difícilmente el pueblo se reunirá en su totalidad para deliberar y resolver sobre una ley fundamental.⁷⁴ La Constitución no entraña un consentimiento unánime y tampoco lo necesita; sólo es requerido por el “contrato social” que da lugar a la convivencia de los individuos —consentido por todos ellos por el solo hecho de residir en la *polis*—, que crea el pueblo soberano y su “voluntad general” con la que no todos han de estar de acuerdo. Es esta “voluntad general” del pueblo la que determina el contenido de la ley fundamental que regulará la convivencia social previamente acordada, aun contra los discrepantes; tal voluntad no exige más que un *amplio consenso racionalizado* porque no de otra forma podría obtenerse un indicio de verdad sobre el “bien común” al que tiende,⁷⁵ logrado incluso a través de representantes populares (a pesar de Rousseau).⁷⁶

Así la Constitución resulta una “expresión de la voluntad general”⁷⁷ del pueblo soberano sobre los preceptos que regirán su vida comunitaria y la dirección de los asuntos públicos. La inclusión las decisiones políticas fundamentales en la Constitución implica la existencia de la *unidad política básica* en la sociedad, lograda por el acuerdo y el compromiso logrado por un amplio consenso de los actores sociales;⁷⁸ el contenido de la ley fundamental lo integran puntos de coincidencia —aunque sea de intereses y no de ánimo— de las fuerzas representativas de la sociedad, una “ideología común” a todas, sobre las cuales no existe polémica entre ellas y *se ubican sobre sus diferencias específicas*.⁷⁹ Aun Ferrajoli reconoce implícitamente lo anterior diciendo que las Constituciones son “pactos de convivencia” —más bien “pacto de régimen de convivencia” para distinguirlas del “contrato social”—, aunque no sean “compartidos por la totalidad del pueblo como expresiones de una supuesta unidad o voluntad”;⁸⁰ todo pacto, sin importar sobre qué verse, entraña un acuerdo de voluntades y consecuentemente la unidad de ánimo de sus participantes sobre su objeto. Precizando lo anterior: la unidad política del Estado se logra a través del acuerdo que origina la Constitución

la unanimidad” y “si no hubiera un punto en el que todos concordasen, ninguna sociedad podría existir”. Rousseau, *op. cit.*, nota 66, lib. I, cap. V, pp. 17-18, y lib. II, cap. I, p. 29.

⁷³ Cfr. *idem*; *ibidem*, lib. II, cap. III, p. 33, y lib. IV, cap. II, p. 115; *supra*, nota 67; y Dalla Via, *op. cit.*, nota 65, pp. 4 y 19-20.

⁷⁴ Cfr. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, pp. 107-108.

⁷⁵ *Supra*, cap. primero, nota 170.

⁷⁶ Salazar Ugarte, *op. cit.*, nota 62, pp. 201-202. La representación para la “expresión de la voluntad general”, que parecía imposible a este clásico, fue pronto superada —por más que obvias razones— en la misma Francia dentro de su Constitución de 1791, que utilizó la ficción de que “todos los ciudadanos” actúan a través de sus representantes, de modo que lo realizado por ellos sería “la manifestación por excelencia de la soberanía, [...] según la terminología del *Contrato social*” —aunque claro, lo anterior se refirió a la legislación ordinaria, pero su lugar como “voluntad general” como diremos enseguida lo ocupó luego la Constitución—. Véase Carré de Malberg, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, ed. facsimilar de la de 1931, París, Economica, pp. 16-17 (cursivas en el original del texto transcrito).

⁷⁷ Véase Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia” (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 227-230.

⁷⁸ Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 6.

⁷⁹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 31; Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 120; e Isensee, *op. cit.*, nota 56, pp. 122-124; y *supra*, nota 54.

⁸⁰ *Op. cit.*, nota 74, p. 110.

y no la actuación “con un solo ánimo” de los ciudadanos o sus representantes; dicho acuerdo requiere mínimamente una *coincidencia de intereses* y no de ánimo, y ella es quien provee la unidad que representa la ley fundamental, por lo que al menos ésta es posterior al momento constitucional.

Sin embargo esto último no quiere decir que todos los ciudadanos unánimemente tengan la convicción de apoyar la Constitución y sus disposiciones: puede haber quien se oponga a la adopción de sus ideas generales o a algún precepto particular.⁸¹ Para esto debe recordarse que el solo hecho de vivir en el Estado y así ser parte del “contrato social” de vida en común —no el constitucional—, implica que el discrepante consiente que sean la “voluntad general” —que no requiere unanimidad— y las normas que establezca a través de la ley fundamental quienes regulen la vida colectiva, de modo que a su desacuerdo concreto con la Constitución en realidad precede su consentimiento a someterse a dicha voluntad y, por lo tanto una aceptación (indirecta, si se quiere) de la ley fundamental y sus implicaciones.⁸² Además, que las visiones disidentes no cupieran en la Constitución implica que no corresponden a la “voluntad general” de la que es expresión y por lo mismo que no son conformes al “bien común”.

Concluyendo: que el pueblo constituido unánimemente por sus integrantes, titular de la soberanía política⁸³ manifestada por su “voluntad general”, decidiera el contenido de la ley fundamental, y que le preste su consentimiento de manera constante a lo largo del tiempo —aunque esto reclama una exposición más detallada—, es lo que legitima sus disposiciones y el régimen que establecen, y los dota de autoridad. Establecer la legitimidad política de la Constitución —mínimamente: en su origen— no es cuestión de poca monta: *todo el andamiaje político del Estado y la vida social, así como la estructura jurídica que lo sostiene, dependen de ella para su propia y particular legitimidad que brinda a los titulares del poder público la autoridad con la cual actúan.*⁸⁴

Ahora bien, el pueblo es el titular de la potestad constitucional, la relativa a expedir la ley fundamental; es entonces el “poder constituyente” del que echaron mano los norteamericanos y franceses.⁸⁵ Pero la alusión al “pueblo” o al “Constituyente” no puede entenderse a pie juntillas: al menos nuestras Constituciones modernas no fueron en realidad creadas y ritualmente autorizadas por todos los ciudadanos y muchas de ellas no fueron sometidas a referéndum —lo que de todos modos no les priva de naturaleza democrática habiéndose adoptado por la representación ciudadana⁸⁶—; y la personificación popular en un Constituyente como un solo sujeto autor de la ley fundamental es sencilla y evidentemente un mito —que recuerda las leyendas sobre orígenes mágicos—: teórica o prácticamente no existe una única persona física autora de la Constitución, y se trata sólo de una ficción que simplifica la referencia a la creación constitucional —así como a sus autores— y que sintetiza un indispensable presupuesto fundamental y lógico del orden que por ella se establece.⁸⁷

⁸¹ Véase *infra*, nota 238.

⁸² Véase Rousseau, *op. cit.*, nota 66, lib. IV, cap. II, pp. 114-115.

⁸³ Véase *supra*, nota 70. Aunque hoy la “soberanía” nos diga mucho menos que a Rousseau, respondemos a Ferrajoli que no sería mejor pensar, con Kelsen, que “el concepto de soberanía deb[a] ser eliminado” porque es “poder absoluto [...] y por tanto incompatible con el modelo del estado de derecho” (*op. cit.*, nota 74, p. 107). El profesor italiano dejaría, en esa línea, de responder la cuestión fundamental de quién y por qué creó el “Estado de derecho” que opone a la “soberanía”, la cual mínimamente identificamos con la “potestad constitucional” (*supra*, nota 64) y que hoy vemos sometida a diversas limitaciones materiales, morales y iusinternacionales.

⁸⁴ Rubinfeld, *op. cit.*, nota 63, pp. 210-211.

⁸⁵ *Supra*, nota 68; sobre la relación entre el pensamiento de Rousseau y el de Sieyès, véase Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, pp. 1203-1205. Véase también Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 251.

⁸⁶ Salazar Ugarte, *op. cit.*, nota 62, p. 202.

⁸⁷ *Cfr.* Klein, *op. cit.*, nota 64, pp. 194-199; y Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, p. 1208.

b. Poder constituyente y gobierno democrático

El origen de la Constitución es popular y así su creación se trata de un ejercicio de autogobierno, es decir uno de tipo *democrático* —aunque su contenido teóricamente podría no serlo—. ⁸⁸ La expedición del texto constitucional es la primera manifestación de la democracia, porque se apoya sobre un consenso suficientemente amplio de diversos grupos o individuos, sobre los fundamentos que regirán su convivencia política y social; al decidir el pueblo por sí mismo gobernarse bajo estos principios básicos, hace suponer que el origen del Estado es democrático —en el más original sentido de la palabra—.

Toda Constitución es entonces democrática en algún sentido, pero no toda ha de ser concretamente “democrática”; esto es más que un simple juego de palabras. La ley fundamental tiene origen en un acto de autogobierno por el cual los ciudadanos instituyen un régimen para la dirección de la vida colectiva, que puede ser democrático o autocrático; es decir dicho régimen podría caracterizarse por la participación permanente (directa o indirecta) del pueblo en los asuntos públicos o, por el contrario, establecer que ello corresponda a una sola persona o un grupo sin vínculo original con el pueblo. ⁸⁹ Habida cuenta de que las Constituciones modernas adoptan en su mayoría la forma de gobierno democrática, su contraria no nos interesa ahora; pero antes de hablar de ella, tratemos un punto elemental en nuestra exposición.

Conforme a todo lo anterior, la Constitución es una “ley fundacional” porque crea los órganos de gobierno del Estado que dirigirán la convivencia de los individuos, y les otorga las atribuciones que sus autores hayan tenido por convenientes; esto denota que dichos órganos carecen del poder soberano que sólo corresponde al Constituyente, y en cambio poseen uno simplemente “estatal” o “público”, porque “debe[n] someterse al orden jurídico fundamental del cual deriva[n]” y que es su “fuente de existencia y validez”. ⁹⁰ La supeditación de los poderes que la Constitución origina a lo dispuesto por ésta, es precisamente el núcleo de la doctrina del “poder constituyente” que Emmanuel Sieyès atribuyó al pueblo titular de la soberanía. ⁹¹ porque sólo el pueblo es soberano, únicamente él —o sus representantes constituyentes— tienen la potestad para establecer y reformar el orden constitucional, ningún poder estatal podría hacerlo ya que “no pueden a la vez crear la Constitución y ser creados por ella” ni “ser autores de su propia potestad”, lo que por supuesto aplicaría también al cuerpo legislativo quien “sólo ha recibido [...] un simple mandato de legislación, pero carece de

⁸⁸ Sobre todo ubicándonos en los albores constitucionalistas del siglo XVIII —y considerando la legitimidad futura de la ley fundamental como algo más complejo—, a esto puede oponerse que las Constituciones norteamericana y francesa expedidas en ese tiempo y aun otras más recientes como la mexicana, no podrían hoy tenerse como un ejercicio democrático, porque no se adoptaron bajo el principio de sufragio universal (Salazar Ugarte, *op. cit.*, nota 62, p. 123). Sin embargo, dicha cuestión más bien se refiere a la extensión del concepto de “ciudadano”; para Rousseau eran tales los “participes de la autoridad soberana” quienes confluyen —o tienen el derecho de hacerlo— en la formación de la “voluntad general” (*op. cit.*, nota 66, lib. I, cap. VI, p. 20); que ahora pensemos a la democracia como universal, bajo ciertos valores y postulados, no nos parece que prive de carácter democrático a aquellas Constituciones, entendiendo para nuestros efectos como determinante para él la confluencia de los sujetos capaces de ser titulares de la “ciudadanía” *in abstracto*, en tanto que cuáles deban ser éstos concretamente es algo históricamente establecido.

⁸⁹ Véase Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2001, p. 193.

⁹⁰ Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 256. Este autor ofrece en las páginas anteriores y siguientes a la citada, una clara y detallada exposición del tema.

⁹¹ *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3a. ed., trad. de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989, cap. V, pp. 105-119. Cfr. Klein, *op. cit.*, nota 64, pp. 8-9.

delegación de orden constituyente”. Tales son las ideas que fundan el principio de separación de los poderes constituyente y constituidos, que

consiste en distinguir lógicamente y separar orgánicamente, por una parte, el poder de hacer la Constitución, y por otra parte los poderes creados por la Constitución. A los poderes ordinarios, legislativo, ejecutivo y judicial, [...] se opone y se superpone un poder supremo y extraordinario, el cual, teniendo por objeto instituir todos los demás, los domina y debe [...] ser distinto de ellos.⁹²

El principio expresado hace ver que la actuación de los poderes estatales no puede representar una “voluntad general” soberana; su función es de “gobierno”, o sea dirección, de los asuntos públicos en los confines de las atribuciones —amplias o estrechas, pero siempre limitadas— que el pueblo a través de la Constitución le confirió.⁹³ Y esto nos parece válido para tanto una forma de gobierno democrática como autocrática —no obstante que en ésta los límites constitucionales sean prácticamente nugatorios—. Sentado lo anterior, hablemos de la forma de gobierno democrática.

Nos parece que Kelsen da una definición de “democracia” muy práctica para nuestros efectos, por no perderse en los giros discursivos frecuentes en el tema.⁹⁴ El maestro vienés señala que ésta es una forma de gobierno por la cual “la ‘voluntad’ representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos”, es decir que autogobernándose los ciudadanos se otorgan a sí mismos —o a través de sus representantes⁹⁵— las normas que regirán su convivencia social, basándose en el “principio mayoritario”⁹⁶ y por el cual “el orden social debe concordar con la voluntad del mayor número, y discrepar de la del menor número posible”, pero sin que ello lleve al absolutismo de la mayoría porque “la mayoría presupone la existencia de una minoría” y así “[e]ste elemento es característico de la democracia”.⁹⁷

Entre otros caracteres, dados sus perfiles esenciales indicados, este régimen también supone una declaración dogmática sobre la radicación popular de la soberanía, el origen popular de los titulares de los órganos primarios del Estado y el control del pueblo sobre la actuación de los órganos estatales.⁹⁸ En un régimen democrático de gobierno, por lo tanto, se espera que los ciudadanos participen en la desición los asuntos colectivos de muy diversos modos, a través de “medios idóneos y eficaces para determinar su destino” y que les permitan ejercer un *constante autogobierno*:⁹⁹ primera y muy generalmente, concurriendo a la elección de los integrantes de los órganos del Estado, por lo menos de los inmediata y directamente involucrados en la dirección de lo público; resolviendo a través de sus representantes, los

⁹² Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, pp. 1183-1184 y 1207-1208.

⁹³ *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 262.

⁹⁴ Otra que nos parece más clara que muchas otras y que trata de no perderse en la retórica, es la de Sartori: “...una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolable, ni dominada por una oligarquía cerrada y restringida, en la cual los gobernantes ‘respondan’ a los gobernados. [...] en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado...” (*¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomon, México, Taurus, 2005, p. 47).

⁹⁵ Desde Tocqueville “la distinción entre democracia directa y democracia representativa ya no tiene ninguna relevancia”. *Ibidem*, p. 212.

⁹⁶ Que es una “idea medular de la democracia” y “el legitimador de los mandatos generales”. Dalla Via, *op. cit.*, nota 65, p. 40.

⁹⁷ *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, Facultad de Derecho, 1979, pp. 337 y 340-341. Véase Bobbio, *op. cit.*, nota 89, p. 194.

⁹⁸ Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 514.

⁹⁹ Véase Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 591-592.

asuntos relativos a ésta; y por último con el ejercicio de un control sobre los titulares del poder público, que institucionalizado ejercerían los representantes populares y más ampliamente a través del escrutinio público de su actuación.

Para instituir este régimen, la Constitución tiene que adoptar las disposiciones idóneas a los anteriores lineamientos generales aunque, según el caso histórico de que se trate, pueda establecerles algunas modalidades más o menos contingentes. En la ley fundamental han de contemplarse las condiciones normativas que permitan que el proceso político sea “cosa del pueblo entero” y se ejerza con fundamento legítimo “el dominio de los hombres (*Mensch*) sobre otros”;¹⁰⁰ el cumplimiento del “enunciado nuclear (*Kernsatz*)” de la democracia de que el pueblo sea titular y detentador del poder público, requiere esencialmente: la necesidad de una “legitimación democrática efectiva” para el ejercicio del poder estatal, que tenga exclusivamente al pueblo como su titular y punto de referencia; y condiciones procedimentales para la formación de la voluntad democrática —entre las que destacan las libertades fundamentales de expresión e información—.¹⁰¹

Sólo podría ser una *Constitución de contenido democrático* —o para distinguirla más precisamente una “Constitución (materialmente) democrática”— la que admitiera el constante autogobierno de los ciudadanos, por contener reglas que lleven a su permanente injerencia en la dirección de la vida colectiva que mantienen, las cuales se manifestarían obviamente a través del orden jurídico, y ejerzan ese poder de libre determinación en cada acto del poder estatal —aunque sea habitual que lo hagan indirectamente a través de sus representantes—.

c. La democracia constitucional

En abstracto las disposiciones constitucionales imponen límites formales y materiales a la voluntad democrática expresada sobre todo por conducto del legislador,¹⁰² que concretamente pueden ser relativos a la salvaguarda de principios necesarios al régimen democrático —como los derechos fundamentales— u otros aspectos esenciales de gobierno, pero cuya implementación reduce el espacio de decisión legislativa democrática, o a mandatos de protección a ciertos bienes cuya tutela antes correspondería a la legislación ordinaria, mas que por diversas razones el Constituyente desea asegurar y por eso los protege en la ley fundamental cuya rigidez (normal) impide que una simple mayoría legislativa pueda afectarlos.¹⁰³

Esta situación produce frecuentes tensiones entre el constitucionalismo —sobre todo en sus versiones más recientes con sentido axiológico y iusnaturalista— y la democracia, que se manifiestan esencialmente en los siguientes puntos: 1) los derechos fundamentales como opuestos al principio de autonomía política popular, 2) la consideración de elementos materiales y no formales (*qué* y no tanto *quién* lo decidió) como criterio de legitimidad (jurídica y por ende política) de las decisiones públicas, 3) la justificación de la limitación constitucional (suprema y rígida) a la voluntad democrática, y 4) la existencia de una jurisdicción constitucional cuyos integrantes no se designan por elección popular, que es el más intrincado elemento de este conjunto porque implica los anteriores y les agrega ciertas peculiaridades. Estos temas producen la impresión de que la ley fundamental es “tiránica” e

¹⁰⁰ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 61-62.

¹⁰¹ Véase Böckenförde, *op. cit.*, nota 71, pp. 893-914.

¹⁰² Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-49.

¹⁰³ Cfr. Serra Rojas, *op. cit.*, nota 99, pp. 535-536.

impide el ejercicio del autogobierno ciudadano, máxime cuando las objeciones democráticas se dirigen precisamente a la legitimidad de la misma Constitución.¹⁰⁴

En este momento no vamos a (intentar) resolver cada uno de los complejos tópicos enumerados, a ello dedicaremos muchas de las páginas siguientes. Antes precisamos responder la interrogante, fundamental a todos ellos, relativa a lo que significa el híbrido de una “democracia constitucional” o un “constitucionalismo democrático”, aparentemente contradictorio.¹⁰⁵

Señalamos al comienzo de la sección inmediatamente precedente que la creación de la ley fundamental es un *acto democrático*; ahora requerimos concretizar *en qué sentido lo es*, y aparte de la formal distinción entre poderes constituyente y constituidos —que para nosotros bastaría, pero no a otros—, también necesitamos una justificación material para que la Constitución deba sobreponerse a la voluntad democrática que expresó una mayoría de representantes populares legislativos. En realidad la cuestión se refiere a algo tan esencial y a trascendental, que por eso es habitualmente soslayado: *de qué tipo de “democracia” estamos hablando*; si se trata de una en que la “voluntad soberana” —sin importar la forma en la cual supuestamente se exprese— que (supuestamente) corresponde hoy a los deseos populares de autogobierno, la idea constitucional sobra completamente: la ley fundamental escrita no corresponde a tal democracia sino a una en la que autónomamente un pueblo ha acordado los principios fundamentales bajo los cuales vivirá “en las eras (*ages*) por venir” —y quizá pensando en la eternidad—.¹⁰⁶

Así como las personas pueden resolver sus vidas de acuerdo con la conveniencia de la oportunidad o con base en directrices generales que los orienten permanentemente, también los pueblos integrados por personas tienen esa alternativa. Una colectividad que decide autogobernarse no puede hacerlo sólo con referencia a su generación presente sino también a las futuras que la formarán —salvo, claro, que elija la primera opción señalada—; esta consistencia existencial y esencial a través del tiempo es una indeleble característica de los seres humanos y también por extensión de las sociedades que forman y, paradójicamente, también es la clave de la libertad humana: antes de tener libertad para hacer, el ser humano requiere una para decidir qué *ser* y vivir de acuerdo a ello. A esta aspiración de permanencia del proyecto político de los pueblos responde una *Constitución escrita*: a su través las generaciones se transmiten el plan de organización política que las previas acordaron, dejándola al entendimiento y aun adecuación de las presentes y sucesivas, e implica una objetivación que fija los términos de ese mismo proyecto. Al otorgarse y/o mantener los términos de una ley fundamental, pero sobre todo dándoles eficacia al conducirse de acuerdo con ellos y sus implicaciones, “el constitucionalismo escrito no es antitético al autogobierno democrático; [sino que] *es éste por encima del tiempo (It is democratic self-government, over time)*”; se trata de un autogobierno de “autoría popular” porque con la expedición de un “*texto autoritativo*” que contiene su voluntad soberana, el pueblo regula su propia voluntad democrática para la dirección concreta de la vida social.¹⁰⁷

Dicho texto contiene “precompromisos” de los ciudadanos integrantes del pueblo soberano acordaron, que consisten en “excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones en el

¹⁰⁴ Salazar Ugarte, *op. cit.*, nota 62, pp. 181 y ss.

¹⁰⁵ Véase Ferrajoli, *op. cit.*, nota 74, p. 106.

¹⁰⁶ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819). Así lo muestra, por ejemplo, la cláusula de inmutabilidad del artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana; no obstante su importancia y lo interesante que es, no podemos tratar ahora el tema de la revisión constitucional.

¹⁰⁷ *Cfr.* Rubinfeld, *op. cit.*, nota 63, pp. 211-219 (cursivas añadidas al texto transcrito).

futuro para preservar contenidos [de decisiones previas] especialmente valiosos”.¹⁰⁸ La Suprema Corte norteamericana resumió lo anterior en los siguientes términos:

El verdadero propósito de una Carta de Derechos (*Bill of Rights*) [y de toda la Constitución en general] fue retirar ciertas materias de las vicisitudes de la controversia política, para ubicarlas *más allá del alcance de las mayorías* y de los funcionarios y establecerlas como principios jurídicos a ser aplicados por los tribunales. [...los] derechos fundamentales no pueden someterse a voto; no dependen del resultado de elección (*election*) alguna.¹⁰⁹

La Constitución democrática instituye una forma de gobierno, como vimos, que implica que el pueblo, representado o no, imponga el curso de la vida colectiva a través de la imposición de las normas jurídicas que correspondan, muy especialmente las de carácter general que correspondería dictar a una asamblea parlamentaria como “órgano representativo de la sociedad”; no requiere mayor explicación el hecho de que la ley expedida por ésta consiste en la manifestación más clara de una voluntad democrática de gobierno —por lo que además, lo dicho a su respecto valdría para otros órganos—. ¹¹⁰ Sin embargo al ser el legislador un poder constituido por la ley fundamental,¹¹¹ su potestad está vinculada a los mandatos constitucionales que la originan y delimitan su actuación; la ley no es entonces una “expresión de la voluntad general” soberana, lo que es un atributo exclusivo de la Constitución, sino mero ejercicio de un poder que ésta creó y el cual puede actuar libremente sólo en el ámbito respectivo que ella le reservó, aun cuando su voluntad se formase democráticamente por concurrir a tal efecto el mismo pueblo o sus representantes.¹¹²

Los preceptos constitucionales se sitúan por encima de discrepancias partidarias o grupales, como señalamos más arriba,¹¹³ expresando compromisos que regulan y orientan toda la vida social, constituyendo así la base fundamental sobre la que ésta se desarrolla. Pero lo que apoya el argumento más fuerte para que ellos se encuentren fuera del alcance de la potestad legislativa ordinaria, proviene de que esta última no es titular de una “voluntad general” soberana que pueda establecer las bases constitutivas conforme a las cuales se regirá la vida comunitaria, sino de un mero mandato limitado a ciertos efectos. Muchos de esos preceptos, además, cimentan la esencia del mismo régimen democrático —como la *protección de la minorías*¹¹⁴ a través de los derechos fundamentales¹¹⁵—, que no pueden quedar a la mera

¹⁰⁸ Véase Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 165-167. La idea de “precompromiso” es comúnmente ilustrada con la leyenda de las autoimpuestas ataduras de Ulises para sobrevivir al canto de las sirenas; así la usa el citado autor —refiriendo a John Elster y a Stephen Holmes—, como también nadie menos que Laurence Tribe en su clásico *American constitutional law* (Walter, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 125, 2000, pp. 544-545).

¹⁰⁹ *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943) (cursivas añadidas).

¹¹⁰ *Supra*, nota 33.

¹¹¹ *Supra*, nota 92.

¹¹² Sin duda, el gran triunfo del principio de separación entre poderes constituyente y constituidos se dio cuando Francia, siguiendo al *Rechtsstaat* alemán, consideró “el poder legislativo como un simple órgano del Estado, regulado por la constitución estatal” y no como uno con atribuciones soberanas aunque vinculadas al principio democrático; en ello consistió el cambio galo del *État légal* al *de droit*. Véanse Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, p. 144; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, p. 642; Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 76, p. 48; y *supra*, nota 77.

¹¹³ *Supra*, nota 79

¹¹⁴ Cfr. Carbonell, Miguel, “Minorías”, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 37-38; Orunesu, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 27-29; Kelsen, *op. cit.*, nota 50, pp. 98-101; Balaguer

voluntad simplemente mayoritaria de un poder constituido, por: necesidad lógica dada la inviabilidad de que éste modifique el orden al que debe estar sometido, y política a fin de salvaguardar los principios fundamentales no sólo del régimen democrático, sino de la misma convivencia.¹¹⁶

La democracia como forma de gobierno bajo una Constitución, tanto al expedirse ésta como al mantenerse, consiste en un ejercicio constante de autogobierno tanto a los niveles constitucional como de gobierno. Creando o manteniendo la ley fundamental, a un nivel de decisión constituyente, el pueblo determina la estabilidad de los fines de su existencia colectiva y de la tutela de los intereses que le son más caros; y en el siguiente nivel, el de dirección concreta de la vida pública, también decidirá conforme al principio de mayoría los asuntos específicos que atañan a ésta, a través de los órganos constituidos para tal efecto que actuarán dentro del ámbito de discrecionalidad que se la ley fundamental les hubiere otorgado.

La *Constitución democrática* no obstante sus restricciones, so pena de su propia aniquilación como tal, tiene que dejar un amplio margen para la discusión y la formación de la voluntad mayoritaria sobre los asuntos públicos; pero la *democracia constitucional* obliga al poder legislativo y otros órganos públicos, que sólo representan al pueblo bajo ciertas condiciones, se mantengan dentro de los límites que les marca la ley fundamental expedida por el mismo soberano que es su mandante. Tal es el significado de ambos conceptos específicos, que conjugan las antes opuestas ideas de Constitución y democracia;¹¹⁷ pero ellos requieren una concepción democrática diferente a la que tradicional¹¹⁸ y generalmente se sostiene, la cual caracteriza esa forma de gobierno por la sola decisión mayoritaria que resuelve lo que quiere cuando y como quiere: una que fundada en el amplio consenso popular que implica la Constitución respete al máximo lo que ésta intenta proteger.¹¹⁹

C. Función integradora de la Constitución

La Constitución integra en sus disposiciones las aspiraciones colectivas y los fines que la realidad impone al Estado, y asimismo la dirección que a través de éste se quiere dar a la sociedad y, por tal motivo, parece ociosa la distinción entre sus acepciones “material” y “formal”.¹²⁰ Aunque no se identifican, Estado y sociedad se encuentran en una interrelación en

Callejón, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 199-200; Böckenförde, *op. cit.*, nota 71, pp. 923 y 937-938. Véanse BVerfGE 5, 85 (198-199); y 69, 315 (347). “El Estado democrático moderno [...] es un régimen que no excluye a nadie, [...] sabe reconocer los valores de los demás grupos humanos”, Serra Rojas, *op. cit.*, nota 99, p. 597.

¹¹⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 47; Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, pp. xi, 133 y 146; y BVerfGE 69, 315 (343).

¹¹⁶ Salazar Ugarte, *op. cit.*, nota 62, pp. 195-196.

¹¹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 57.

¹¹⁸ O la “infantil” que consiste “sencillamente [en] el ‘poder del pueblo’”. Véase Sartori, *op. cit.*, nota 53, pp. 159-160.

¹¹⁹ Véase Dalla Via, *op. cit.*, nota 65, pp. 35-36.

¹²⁰ Cfr. Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 132. La “teoría de la integración” cuya tesis general acabamos de expresar, se atribuye al profesor Smend —aunque Schmitt la refiere a Lorenz von Stein—, implica el dinamismo de la configuración estatal y hace de la Constitución el “ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal”; tiene también un viso iusnaturalista porque contiene elementos axiológicos y de carácter histórico, que implica la mutación dialéctica del contenido constitucional —o, mejor dicho, de su percepción— y rechaza el formalismo en su interpretación, como se expondrá luego. Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 4; Schmitt, *op. cit.*, nota 41, pp. 5-7; y Peralta, Ramón, *La*

la que mutuamente se influyen: la experiencia histórica y cultural de la comunidad determina el contenido de la Constitución y éste, como regulación normativa del Estado, también conduce las relaciones sociales al ordenar o prohibir a la actividad estatal determinados sentidos.¹²¹ Esta función de integración política y cultural es sugerida por el lenguaje propio de los textos constitucionales, sobre todo el de sus secciones de preámbulo y de derechos fundamentales, que origina un “*pathos* típicamente constitucional”.¹²²

Dentro del Estado constitucional democrático —al que nos referiremos abajo más detalladamente¹²³—, la ley fundamental no busca influir la vida social únicamente de un modo indirecto a través de la actividad estatal, y otro formal obligando al inexorable cumplimiento de sus preceptos. También procura la Constitución regular aspectos sociales que no sólo atañen a la organización estatal, bajo la impronta *plural y democrática* que la sociedad actual requiere,¹²⁴ y con la inclusión de “fines educativos” y “valores orientadores” en su texto,¹²⁵ la Constitución intenta realizar su contenido material (dignidad humana, pluralismo, tolerancia, etc.) en la cotidianeidad de la vida social y en la conducta de los particulares, pero de un modo principalmente persuasivo y no impositivo.¹²⁶

Así se da una relación simbiótica entre la ley fundamental y la sociedad, en la que aquélla recoge las perspectivas y aspiraciones de la sociedad para integrar su unidad política, y viceversa pero con el mismo fin, busca la promoción de sus valores —aunque dado el caso llegará a su imposición— en el seno colectivo.

2. Los valores constitucionales

A. Valores, bienes y valoración

Para un correcto planteamiento es necesaria una distinción inicial entre el *valor*, el *bien* al que se incorpora y la acción de descubrirlo en este último, en que consiste la *valoración* o *estimación*, ya que de la confusión de estos conceptos provienen múltiples confusiones.

Los valores son *cualidades abstractas que hacen deseable (o indeseable, si se trata de uno negativo) un objeto* en múltiples sentidos: moral (bondad), estético (belleza), técnico (utilidad), etc. Se trata de una categoría diferente al ente porque no “es” un objeto sino un

interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994, pp. 37 y 101-102.

¹²¹ Cfr. Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982, p. 19; Heller, *op. cit.*, nota 50, p. 224; y Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 8.

¹²² Isensee, *op. cit.*, nota 56, p. 124.

¹²³ *Infra*, § II.3.

¹²⁴ “El desarrollo científico, técnico e industrial, con quienes van de la mano el aumento de población, la especialización y la división del trabajo, y a quienes suceden el creciente entrelazamiento y el veloz cambio de las relaciones vitales (*Lebensverhältnisse*), han aumentado y cambiado las tareas del Estado, y las han conducido a su ‘pluralización’ y ‘democratización’”, Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 7.

¹²⁵ Según el profesor Häberle, los “fines educativos (*Erziehungsziele*)” y los “valores orientadores (*Orientierungswerte*)” son elementos que instruyen el consenso de la sociedad y representan una parte de su identidad cultural; los primeros se consideran materialmente derecho constitucional, establecen condiciones básicas para la libertad y representan una “profesión de fe” del Estado constitucional, cuya realización está a cargo de una pluralidad de sujetos públicos y privados con objetivos pedagógicos; los segundos son un conjunto de formulaciones éticas de los particulares, a cuyo cargo se encuentra su realización y desarrollo. Cfr. *op. cit.*, nota 121, pp. 63-64.

¹²⁶ Cfr. Häberle, Peter, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Friburgo/Múnich, Alber, 1981, pp. 13, 69 y 87.

elemento *sui generis* del mismo, que “vale” —según la expresión de Lotze— y hace al ser humano no ser indiferente ante él.¹²⁷

“Los bienes equivalen a las *cosas* valiosas, esto es, a las cosas más el valor que se les ha incorporado”; los valores son un adjetivo que se aplica a un sustantivo y como tales no se presentan abstractamente en la realidad sino encarnados en un objeto¹²⁸ del cual son una cualidad, lo que ha provocado su equivocada —aunque muy común y naturalizada— identificación, ya que los valores no dependen de los objetos sino tienen una naturaleza diferente, autónoma y abstracta.¹²⁹ No obstante, pueden concebirse los valores *in abstracto* aunque en la realidad se presenten asimilados a un objeto; compartimos aproximadamente una misma idea de justicia, belleza o utilidad, pero podríamos diferir en el plano fáctico sobre su aplicación a un objeto o en los modos para realizarla.

La valoración es la actividad por la cual un sujeto percibe un valor en un objeto determinado, convirtiéndolo así en un bien.¹³⁰ A lo largo de la historia se ha polemizado acerca de si la estimación es objetiva o subjetiva, es decir si el valor reconocido en el objeto es apreciable material e inmutablemente en una forma que le es indefectiblemente propia o depende absolutamente de la percepción del sujeto que la realiza; en virtud de esta experiencia, actualmente podemos sostener —según puso de relieve Frondizi y dejó ver Ortega y Gasset¹³¹— que la valoración es una *actividad compleja* que resulta de la relación entre el *bien* y el *sujeto* que, especialmente, se da en una determinada *situación* formada por un conjunto de circunstancias de índole física, cultural e histórica (elementos tópicos y temporales).¹³²

La estructura de cada bien implica la posibilidad inmanente en él para desempeñar ciertas funciones, que mantiene *in potentia* su valor;¹³³ que estas características objetivas sean más o menos permanentes, ha ocasionado su identificación con el valor que se le asigne, errónea hablando con precisión porque su sola existencia no se lo atribuye al objeto.¹³⁴ La estimación de tales características —homologable a una interpretación *sensu largissimo* del objeto—, depende asimismo de un complejo de peculiaridades del sujeto que la realice, que abarcan aspectos empíricos, ideológicos y aun fisiológicos, le permita reconocer en ellas algún valor; sin un sujeto con el cual se relacione el objeto no hay valoración posible.¹³⁵ Finalmente, esta interacción entre el objeto y el sujeto de la valoración, ocurre también en un contexto circunstancial ajeno a ellos que forma una cierta *situación* y en la que se da un conjunto de

¹²⁷ Cfr. Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, México, FCE, 3a. ed., 2004, pp. 14-20 y 177-178; Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, 12a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1968, p. 58; García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 16a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 274-275 y 281; y Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, FCE, 1987, voz: “valor”, p. 1173.

¹²⁸ Entendido en un sentido muy amplio, no limitado a entes concretos o simples sino también a aquellos ideales o complejos.

¹²⁹ Cfr. Frondizi, *op. cit.*, nota 127, pp. 17 y 202.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 194.

¹³¹ Abbagnano, *op. cit.*, nota 127, voz: “valor”, p. 1177; y Ortega y Gasset, *op. cit.*, nota 127, p. 59.

¹³² Frondizi, *op. cit.*, nota 127, cap. VI, pp. 190-233.

¹³³ “...los valores son meras ‘posibilidades’, esto es, no tienen existencia real sino virtual”, *ibidem*, p. 18. “Hay cualidades en el objeto que me obligan a reaccionar de un modo determinado, a valorar positivamente aunque no me agrade o desee hacerlo [...] Esas cualidades objetivas son las que mantienen en pie las grandes obras de arte, a diferencia de las que sólo logran despertar un interés efímero”, *ibidem*, p. 201.

¹³⁴ “[E]l hecho de que haya una relatividad *histórica* en el hombre y en sus actos de *percepción* y de *intuición* de valores, no nos autoriza en modo alguno a trasladar esa relatividad histórica del hombre a los valores”, García Morente, *op. cit.*, nota 127, p. 276 (primeras cursivas en el original; segundas cursivas añadidas).

¹³⁵ Frondizi, *op. cit.*, nota 127, pp. 192 y 198.

“necesidades, e[x]pectativas, aspiraciones y posibilidades”¹³⁶ del sujeto a las cuales espera que puede satisfacer el objeto y en atención a las cuales valora a éste.

Esta complejidad de la estimación en la que el valor “surge de la reacción de un sujeto frente a propiedades que se hallan en un objeto” como *cualidad estructural* suya,¹³⁷ se agrava en virtud de que sus elementos —aun el mismo objeto— son elementos cambiantes.¹³⁸ Sin embargo, pensamos que los anteriores son los lineamientos fundamentales de ese procedimiento, bastantes para nuestro objeto.

Otro problema diferente pero subsecuente a la valoración —y ello es otra fuente de confusiones axiológicas— es el referente a la *preferencia* entre bienes valiosos; comúnmente se piensa que optar por un bien en lugar de otro es una estimación, pero en realidad ésta es un presupuesto de aquélla, que simplemente determina el valor de los bienes en juego.¹³⁹ Esta distinción, que parte de la ya establecida entre “valor” y “bien”, sería básica para explicar las decisiones humanas en las que, a primera vista, paradójicamente se prefiere un valor —mejor dicho un bien— “inferior” a uno “superior”. La opción por un bien en rechazo de otros implica que el primero se tiene por “más valioso”, es decir “más deseable”, que los demás; la dificultad, como se adivinará, es señalar los criterios para esclarecer esta diferencia.

Una respuesta demasiado simple es referir la alternativa a una monolítica jerarquía de valores que apriorística y absolutamente trascienda a los bienes, de modo que el bien en el cual se actualice el valor “superior” tenga que ser preferible al “inferior”.¹⁴⁰ Elaborar dicho orden implica a su vez la estimación de los valores mismos, que de ese modo se objetivizarían y recibirían una valoración para definir cuál es preferible a otro(s) para colocarlo en un nivel superior de la escala, lo que daría lugar al mismo problema pero en diferente nivel: determinar los criterios para estimar a los valores —que podríamos llamar “metavalores”— y su respectiva gradación que tendría que repetirse con éstos hasta llegar a un “valor o bien supremo” fundante de esta intrincada pirámide; pero esto último nos acerca a solucionar el problema de los conflictos entre valores.¹⁴¹

De inicio, el problema de la preferencia es sumamente complejo en virtud de que en los bienes —incluyendo a los valores mismos, objetivados para establecer su jerarquía— no se realiza un valor aisladamente, sino una “constelación” de ellos;¹⁴² en tal escenario, ¿se determinaría la preferibilidad de un bien —incluyendo la de los propios valores— cuantitativa o cualitativamente, es decir según posea un número mayor de características que otro o las

¹³⁶ *Ibidem*, p. 215.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 213.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 195.

¹³⁹ La definición de “valor” se ha basado generalmente en la *preferibilidad* que crea hacia él en el espíritu humano hacia un objeto; éste es “valioso” si es preferible para alguien. Ortega y Gasset, aun participando de esta opinión e indeliberadamente según nos parece, comienza a desvelar —porque faltan precisar algunos puntos— la fina distinción entre la apreciación de valor en un objeto, en lo que consiste la estimación o valoración, y la preferencia a favor de éste en perjuicio de otro o viceversa, al decir “La honradez vale más que la elegancia; es un valor superior a ésta. Por esta razón *estimamos* ambos, pero *preferimos* a aquél” (*op. cit.*, nota 127, p. 60). Véase *supra*, nota 127.

¹⁴⁰ *Cfr.* García Morente, *op. cit.*, nota 127, p. 276; y Frondizi, *op. cit.*, nota 127, pp. 20-21 y 223. Téngase como ejemplo la bien conocida jerarquía de Max Scheler, en la que los valores mantienen *a priori* una relación jerárquica, al igual que los bienes a los cuales se aplican, calificada por los criterios de durabilidad, divisibilidad, fundación, profundidad de la satisfacción y relatividad; en la cúspide de este ordenamiento, Scheler coloca la santidad como valor religioso; sin duda se trata de una jerarquía determinada por la personalidad de este filósofo, es “la tabla de un hombre, adulto, europeo, culto, emotivo y burgués”, de discutible validez universal. *Ibidem*, pp. 131-139 y 224.

¹⁴¹ Véase *infra*, cap. quinto, § III.2.C.

¹⁴² *Cfr. ibidem*, pp. 202 y 226.

tenga de “mejor” calidad? ¿y qué hacer en casos de difíciles combinaciones entre el valor de bienes contrapuestos, que dan lugar a “conflictos morales profundos y dramáticos”?¹⁴³ Parece entonces que la axiología debería tener pretensiones más modestas, aunque no quiera decirse con ello que una decisión axiológica tenga que ser totalmente arbitraria, sino que más bien debería hablarse —con Frondizi (pero nótese su confusión entre “bienes” y “valores”)— que criterios para determinar *cuándo un [bien] es superior a otro dentro de una situación concreta*.¹⁴⁴

Uno de tales criterios puede ser una jerarquía de valores *in abstracto* que ordene a éstos —y únicamente a ellos— según la preferibilidad que tengan de acuerdo a las finalidades de la existencia humana, individual o colectiva; mas dicho orden no puede aplicarse sin más, absoluta y mecánicamente, a los bienes cuyos valores determinarán la preferencia que tengan entre sí. Ella ordena a los valores, *no a los bienes* en los que éstos en grado variable se realizan según las circunstancias en que se dé su estimación y para la cual, así como para la preferencia entre ellos, habrá de atenderse a otros hechos y razones concernientes no sólo a los valores “superiores” que se realicen en dichos bienes.¹⁴⁵

La justificación de una decisión de preferencia —y la valoración que implica— tiene una alta complejidad según lo expuesto, y requiere de una argumentación mucho más intrincada que un simple orden, pretendidamente apriorístico y definitivo, de valores abstractos. No puede existir una relación fija y *ex ante* entre bienes, pues su valor —y su grado de preferencia resultante— deriva de una relación que guardan con otros elementos en una cierta situación que es el marco de este problema filosófico y fuera del cual éste no existe. “La falta de verdades absolutas no debe inducirnos a un escepticismo desesperado o a un relativismo indiferente. La complejidad del problema no permite resolverlo con recetas simplistas”.¹⁴⁶

B. Axiología y derecho

La *filosofía de los valores*¹⁴⁷ se introdujo paulatinamente a la ciencia jurídica y su “primer contacto” se dio en 1903 por las ideas de Georg Jellinek,¹⁴⁸ inspirado expresamente en Heinrich Rickert. El profesor de Heidelberg reconoció la diferencia entre las ciencias naturales y sociales y sostuvo que “el contenido de la política está formado por juicios de valoración” con un sentido normativo sobre el Estado, y la justificación de éste y la determinación de sus fines resulta de un “juicio de valor teleológico”.¹⁴⁹

Pero no fue sino hasta 1905 que, en la obra de Emil Lask —continuada por Gustav Radbruch—, influyó abiertamente la filosofía de los valores al mundo jurídico; este autor habla de una “jurisprudencia dogmática” cuyos conceptos se encuentran siempre referidos a valores y tienen un sentido teleológico, es decir la ciencia del derecho se orienta a lograr la

¹⁴³ *Ibidem*, p. 221.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 225 (cursivas añadidas).

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 222-223 y 227; Ortega y Gasset, *loc. cit.*, nota 139.

¹⁴⁶ *Cfr.* Frondizi, *op. cit.*, nota 127, pp. 231-233.

¹⁴⁷ Esta escuela fue creación del neokantismo alemán suroccidental del siglo XIX, que reaccionó contra el positivismo y el materialismo apoyándose en el pensamiento del filósofo de Königsberg; “no debe ser entendida como la reflexión filosófica que en general se ha realizado en torno al problema del valor, sino como una corriente filosófica concreta que bajo ciertos postulados específicos hizo del concepto del valor su elemento característico”. Véanse Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 2, 57-79; y *supra*, cap. primero, nota 200.

¹⁴⁸ Véase Torre Martínez, *op. cit.*, nota 147, pp. 138-151.

¹⁴⁹ *Cfr.* *op. cit.*, nota 50, pp. 55, 58, 63-65 y 239.

realización de ciertos valores y fines.¹⁵⁰ A partir de entonces y de la formulación de la teoría fenomenológica del derecho, valor y fin adquieren una relevancia en la ciencia jurídica que no podrá desterrarse,¹⁵¹ formándose las llamadas “jurisprudencia de intereses” y “jurisprudencia de valoración” que con sutiles diferencias acentúan la naturaleza valorativa y el sentido axiológico que debe tener la actividad jurídica y, en especial, la labor judicial.¹⁵²

De acuerdo con las posturas anteriores, el contenido material del derecho se encuentra en una situación de necesaria dependencia —incluso de causalidad— con un juicio de valor. Toda prescripción jurídica implica la elección de una alternativa entre varias, respecto del sentido de la regulación que pretende sobre la conducta humana, hecha por una estimación que la hizo preferible frente a las demás; sin importar la disposición concreta que una norma jurídica contenga, ésta siempre tenderá a buscar la realización de alguna cualidad que a su autor resultó estimable, de acuerdo con una teleología determinada.¹⁵³

C. Teoría axiológica de la Constitución

a. El sistema objetivo de valores constitucionales

La actualmente extendida concepción de “la Constitución como un sistema de valores global que al mismo tiempo resulta ser un sistema lógico-jurídico de derechos”,¹⁵⁴ es heredera directa de la teoría de la integración de Rudolf Smend¹⁵⁵ y de la axiología ontológica de Nicolai Hartmann que concibe los valores como pertenecientes al ser-ideal y con una estructura jerárquica no lineal sino *multidimensional*.¹⁵⁶ De acuerdo con esta posición, se entiende que la Constitución “positiviza”, especialmente a través de los derechos fundamentales, un orden de valores determinado y con ello impone una “moral jurídica dominante”, un “ethos jurídico vigente” según la terminología de Zippelius, que determina, orienta y sirve para calificar toda actividad del Estado y de la sociedad, que es de aplicabilidad jurídica *inmediata* e inclusive a falta de desarrollo legislativo.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 117-119. Véase Torre Martínez, *op. cit.*, nota 147, pp. 151-185.

¹⁵¹ El reconocimiento doctrinario a la axiología y la teleología jurídicas se debe igual e indudablemente a una aplicación de la ética de Nicolai Hartmann puesto que “la forma en que la persona se vincula con la esfera de los valores es a través de la determinación de sus propios fines, en tanto que todos los fines de la conducta humana tienen como base un valor”, *ibidem*, p. 131. Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 150, p. 134.

¹⁵² Véase Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 104-106; y Larenz, *op. cit.*, nota 150, pp. 141-144.

¹⁵³ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 15, pp. 379-382.

¹⁵⁴ Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 24. La anterior idea expresada por el citado autor, en realidad corresponde a Günter Dürig —uno de los primeros defensores de la “teoría de los valores”—, como aquél indica.

¹⁵⁵ Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich/Fránfort del Meno, C.H. Beck, año 27, núm. 35, 28 de agosto de 1974, p. 1533; y Peralta, *op. cit.*, nota 120, pp. 101-102. Smend sostiene que “[a]parte de toda validez positiva, los derechos fundamentales proclaman un determinado sistema cultural, un *sistema de valores (Wertsystem)*, que debe constituir el sentido de la vida estatal instituida (*konstituieren*) por esta Constitución”; *op. cit.*, nota 120, p. 164 (cursivas añadidas).

¹⁵⁶ Véase Larenz, *op. cit.*, nota 150, p. 145; y Torre Martínez, *op. cit.*, nota 147, pp. 124-125 y 132-133.

¹⁵⁷ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 150, pp. 144-146; Peralta, *op. cit.*, nota 120, p. 62; y Ferrajoli, *op. cit.*, nota 115, p. 22. “...la obligación resultante de ello para los tribunales, de proceder conforme a los derechos fundamentales (*grundrechtsgemäß zu verfahren*), [...aunque] falte una regulación legal”, BVerfGE 49, 286 (301).

Esta concepción y su divulgación se debe a la doctrina y jurisprudencia alemanas posteriores a la segunda guerra mundial.¹⁵⁸ La *Ley Fundamental de Bonn* de 23 de mayo de 1949 supuso una “renovación iusnaturalista” en reacción contra la vacuidad axiológica de la Constitución de Weimar, que dio cabida al nacionalsocialismo; el afán de romper con ese pasado y el desencanto con la política hicieron que la *Grundgesetz* implantara “límites sustantivos al ejercicio del poder político” basados en la dignidad humana como valor supremo,¹⁵⁹ y otorgaron gran confianza a la jurisdicción constitucional, encarnada por el tribunal de Karlsruhe, para defender los valores fundamentales (*Grundwerte*) que representan.¹⁶⁰

Aunque ya existían decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán que aludían a los valores constitucionales, es el caso *Lüth* resuelto el 15 de enero de 1958 por su Primera Sala, el emblema de una línea jurisprudencial que pone de relieve la axiología constitucional y su trascendencia para el resto del ordenamiento.¹⁶¹ Los extractos 1 y 5 de esa sentencia implican que los derechos consagrados en la Ley Fundamental conforman un ordenamiento axiológico, válido en todos los ámbitos del derecho como decisiones constitucionales fundamentales, que obligan a interpretar las leyes a la luz de la importancia de aquellos derechos —en ese asunto concreto: la libertad de expresión— para el Estado liberal constitucional; las razones de los jueces constitucionales germanos, expresadas en los considerandos de la sentencia que referimos, fueron las siguientes:¹⁶²

Sin duda, los derechos fundamentales son dispuestos primeramente (*in erster Linie*) para asegurar la esfera de libertad del individuo contra las transgresiones del poder público, son derechos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano contra el Estado...

Pero asimismo es cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento axiológicamente neutral [...], en su sección de derechos fundamentales erigió también un orden de valores objetivo (*objektive Wertordnung*) y justo en ello se expresa una fortificación *principal* de la validez de los derechos fundamentales [...]. Este sistema de valores, cuyo punto central en el

¹⁵⁸ Cfr. Cruz, *op. cit.*, nota 154, pp. 19-20, 35-36, 89 y 129-130; Peralta, *op. cit.*, nota 120, p. 82; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 641 y 665; y Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 71-75. Sobre el rompimiento del Estado alemán con el nazismo es muy expresiva la jurisprudencia constitucional del inicio de la posguerra; por ejemplo: “Estas determinaciones fundamentales [de la supresión nazi del (legítimo) régimen constitucional de Weimar] establecen la relación de fidelidad al *Reich* sólo respecto de Hitler y de la dependencia de la voluntad del Partido Nacionalsocialista de los Trabajadores Alemanes” (BVerfGE 3, 58 [102]), opinión reiterada en el caso *Gestapo* (BVerfGE 6, 132 [151-152]); y es notable asimismo el caso *SRP* (Partido Socialista del *Reich*; *Sozialistische Reichspartei*) en el cual se expresó que “la organización interna del SRP no corresponde a los principios democráticos, más bien se basa en el principio del *Führer*. El SRP sería una organización sucesora del Partido Nacionalsocialista de los Trabajadores Alemanes; persigue los mismos o similares objetivos y aspira a eliminar el orden fundamental liberaldemocrático [...] Con todo esto se prueba que el SRP, y por cierto desde el inicio de sus acciones, busca perjudicar el orden fundamental liberaldemocrático y, finalmente, suprimirlo [...] El partido debió por lo tanto disolverse”, (BVerfGE 2, 1 [6 y 70-71]; véase *infra*, nota 163).

¹⁵⁹ BVerfGE 6, 32 (41).

¹⁶⁰ “La Ley Fundamental se apoya en principios de configuración estatal que sólo se explican a partir de la experiencia histórica y del debate espiritual y moral (*geistig-sittlichen Auseinandersetzung*) con el precedente sistema nacionalsocialista. En contraposición a la omnipotencia del Estado totalitario que exigió poder irrestricto sobre todos los ámbitos de la vida social y al cual, básicamente, nada significó en la persecución de sus fines el respeto a la vida del individuo; la Ley Fundamental erigió un orden axiológicamente enlazado (*wertgebunden*) que coloca al individuo humano y su dignidad como punto central de todas sus regulaciones”, BVerfGE 39, 1 (67) —el importantísimo caso *Aborto I*—.

¹⁶¹ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 134.

¹⁶² BVerfGE 7, 198 (204-206) (cursivas añadidas).

seno de la comunidad social se encuentra en el libre desenvolvimiento de la personalidad humana y su dignidad, debe valer como *decisión fundamental constitucional para todos los ámbitos del derecho*; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él líneas directivas e impulso. Así [dicho sistema] influye también el derecho [ordinario]; a ninguna disposición [secundaria] está permitido hallarse en contradicción con él, cada una tiene que interpretarse dentro de su espíritu.

.....
 El influjo de la medida axiológica de los derechos fundamentales se hace valer ante todo con las disposiciones del derecho privado que contienen derecho coactivo y que así forman parte del *ordre public* —en sentido lato—, es decir, de los principios que por razones de bien común también deben ser vinculantes para la formación de las relaciones jurídicas entre los particulares, y que por eso se sustraen de la voluntad privada...

El tribunal constitucional alemán ha referido los valores constitucionales bajo diversas denominaciones: “valores fundamentales”,¹⁶³ “orden o sistema axiológico”,¹⁶⁴ “decisiones de valor o axiológicas”;¹⁶⁵ otras naciones han seguido su ejemplo, destacando España¹⁶⁶ entre ellas. Ahora bien, las implicaciones de afirmar que la Constitución establece un *sistema u orden objetivo de valores*, son complejas y las intentaremos explicar a continuación.

Primeramente, al hablarse de “valores” constitucionales se hace alusión a que la garantía de los bienes tutelados o promovidos por la ley fundamental, sirve de criterio indicativo y calificativo a la conducta de los actores sociales —incluyendo al Estado, pero no limitándose a él—, de modo que si una precisa acción de éstos conviene más a la satisfacción de tal o cual bien constitucional que otra, será considerada “mejor” a través del juicio valorativo correspondiente.¹⁶⁷ Aunque estrictamente los “bienes constitucionales” son los que consagra la Constitución al reconocer algún valor en ellos, que en una situación histórica determinada hizo

¹⁶³ “Estos valores fundamentales componen el orden liberaldemocrático que la Ley Fundamental, dentro del ordenamiento total del Estado —del ‘orden constitucional’—, considera como fundamentales. Al fin y al cabo, a este orden fundamental sirve de base la idea que se encuentra en la decisión política constitucional, según la cual el hombre en el *orden de la creación* [i!] posee un valor independiente y la libertad y la igualdad son valores fundamentales de la unidad estatal. Por ello *es el orden fundamental, un orden ligado a los valores*”, BVerfGE, 2, 1 (12) (cursivas añadidas).

¹⁶⁴ “Más bien, se debe resolver por la interpretación constitucional en el marco de la garantía de la libertad artística para el conflicto en consideración, según el orden axiológico de la Ley Fundamental, y tomando en cuenta la unidad de este sistema axiológico fundamental. Se agrega la libertad artística como parte del sistema axiológico de los derechos fundamentales (*grundrechtliches Wertsystem*), especialmente a través de la dignidad humana garantizada por el artículo 1 de la Ley Fundamental, que domina dicho sistema como *valor supremo*” (cursivas añadidas), BVerfGE 30, 173 (193). “Según la permanente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa de los individuos contra el Estado, sino conforman igualmente un orden objetivo de valores que, como decisión fundamental iusconstitucional valen para todos los ámbitos del derecho y dan líneas directrices e impulso a la legislación, la administración y la judicatura”, BVerfGE 39, 1 (41).

¹⁶⁵ “Estas especiales decisiones de valor de la Ley Fundamental restringen la libertad del legislador para determinar por sí mismo qué debe ser ‘igual’ o ‘desigual’, en la cual prohíben distinciones que fueren contrarias a la voluntad del Constituyente, expresada en la decisión axiológica...”, BVerfGE 36, 321 (330-331); y “Así como las especiales decisiones de valor de la Ley Fundamental restringen la libertad del legislador para determinar por sí mismo qué debe ser ‘igual’ o ‘desigual’ [...], la prohibición de arbitrariedad traza también a la jurisdicción, límites extremos ciertos en el cumplimiento de sus ámbitos reconocidos de discreción y apreciación”, BVerfGE 42, 64 (73).

¹⁶⁶ “La Constitución es una norma —como se ha señalado—, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el *sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico*. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”, STC 9/1981, F.J. 3 (cursivas añadidas).

¹⁶⁷ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 161, pp. 128 y 130-133; y Cruz, *op. cit.*, nota 154, pp. 4-5.

preferir su protección normativa a la de otros, se habla indistintamente de “valores” y “bienes” constitucionales —aunque se prefiere la primera expresión que sin duda resulta más seductora— como si fueran sinónimos;¹⁶⁸; además, hablando de “valores constitucionales” se indica que, al proteger estos bienes, el Constituyente implícitamente también “concretiza y positiva” el valor incorporado a ellos, por lo que debe rechazarse concebirllos como una etérea abstracción, extraña o “superior” a la Constitución.¹⁶⁹ Los “valores constitucionales” apuntan a una interpretación orientada a la realidad y “al servicio de la óptima efectividad de los derechos fundamentales”.¹⁷⁰

Aquellos objetos que encuentran protección fundamental en la Constitución integran un conjunto de “valores” constitucionales. Aunque sus protagonistas sean los *derechos fundamentales* —que tienen una dimensión ética más íntimamente humanista—, no se forma exclusivamente por ellos, ya que también participan en él otros bienes constitucionales de carácter estructural como: la democracia, el federalismo o el Estado de derecho y sus implicaciones.¹⁷¹

Pasemos ahora a explicar la “objetividad” del orden constitucional de valores, por la cual los valores constitucionales “irradian” sus efectos. Especialmente hablando de los derechos fundamentales, el “modelo axiológico” rompió con la tradición liberal burguesa de entenderlos como “derechos *subjetivos* públicos”¹⁷² del individuo contra el Estado, concepción debida a Jellinek, cuyos efectos se limitaban a las *relaciones ciudadano-poder público*, como simples “derechos de defensa (*Abwehrrechte*)” del gobernado contra el abuso estatal, que sólo imponen al poder público la obligación de respetar ese “importante ámbito de libertad individual y social”.¹⁷³

Las disposiciones constitucionales, iusfundamentales u orgánicas, tienen “un contenido axiológico de validez universal [...] que afecta no sólo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto”, sirven de parámetro de interpretación del mismo y determinación de su contenido;¹⁷⁴ como adelantamos líneas arriba, no solamente permiten, imponen o prohíben conductas precisas, también son “criterios de valoración” a cuya luz se califican otros comportamientos según la medida en que salvaguarden o menoscaben los bienes o estados de cosas que tutelan, volviéndose respectivamente “valiosos” o “disvaliosos”.¹⁷⁵ Las normas constitucionales pueden presentarse con carácter *subjetivo* regulando directa y precisamente el comportamiento de determinados sujetos, así como con

¹⁶⁸ Cfr. Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, pp. 260-263; y *supra*, nota 129. Hecha la anterior aclaración, usaremos indistintamente los términos “valor” o “bien” constitucional, salvo cuando del contexto se desprenda que los distinguimos específicamente.

¹⁶⁹ Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, p. 7.

¹⁷⁰ Häberle, Peter, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979, p. 61.

¹⁷¹ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 169, p. 35; y Alexy, *op. cit.*, nota 161, pp. 82 y 118. Atienza y Ruiz Manero distinguen entre valores “sustantivos” e “institucionales”, haciendo consistir a los primeros en aquellos contenidos materiales cuya realización se impone el ordenamiento jurídico y, a los segundos, en los que pretenden un “funcionamiento eficiente de la maquinaria jurídica”; algunos valores constitucionales “orgánicos” —por oposición a los tradicionalmente “dogmáticos”— como la democracia o el federalismo, en la terminología de los autores citados a nuestro parecer son de carácter “sustantivo” como los derechos fundamentales, por los que los denominamos “estructurales” para identificarlos; cfr. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 27-28 y 165.

¹⁷² Cfr. Schmitt, *op. cit.*, nota 41, pp. 164-165; y Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 128.

¹⁷³ Cfr. Böckenförde, *op. cit.*, nota 155, pp. 1530-1532; y Ossenbühl, *op. cit.*, nota 178, pp. 2100-2101.

¹⁷⁴ Cfr. Cruz, *op. cit.*, nota 154, pp. 14-17.

¹⁷⁵ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 152-154.

carácter *objetivo* haciendo de punto de referencia para la estimación jurídica de una conducta con la cual no se relacionen inmediatamente.¹⁷⁶

Los valores constitucionales representan entonces *criterios de decisión jurídica* para cualquier situación en que pudieran tener relevancia y extienden sus efectos no sólo a las relaciones entre los sujetos que inmediatamente refieren —tratándose de los derechos fundamentales: la relación entre el Estado y el gobernado—, sino a la *totalidad* de la realidad jurídica, exigiendo su respeto por el poder público y, muy especialmente, su promoción y estímulo en cualquiera de sus actividades y en la integridad de la vida social; tienen además una dimensión *positiva*, y no únicamente negativa, que obliga al Estado a realizar acciones a favor de su máxima realización, por ser dichos valores *principios supremos* del orden jurídico.¹⁷⁷ Con lo anterior adquieren un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” que funda la tendencia de “interpretar y aplicar el derecho ordinario para lograr la validez de las valoraciones del derecho constitucional”, debido a este cambio hacia el paradigma axiológico.¹⁷⁸

Finalmente, estos valores componen un “sistema” u “orden” en el cual son complementarios y determinan recíprocamente sus contenidos y límites, aunque aparentemente no tengan una conexión inmediata;¹⁷⁹ por ejemplo: si bien es fácil pensar que la democracia va de la mano con la libertad de expresión, es difícil imaginar la realización del principio de igualdad sin tutela judicial efectiva, o federalismo sin dignidad humana. Desde luego, este pensamiento supera la idea de que los derechos fundamentales mantienen “una propia lógica para sí” y que su acoplamiento deriva de una simple técnica sistemática textual de interpretación, ya que existen vínculos más íntimos entre ellos.¹⁸⁰

b. Objeciones y réplica. La Constitución como “orden marco fundamental”

La idea de Constitución como orden de valores por su carga ética implica una *superación del positivismo tradicional y un acercamiento al iusnaturalismo*, que comienza a formar una

¹⁷⁶ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, p. 640, n. 25. Desde la perspectiva penal, esta oposición también puede analizarse y constituir “un buen punto de partida para el estudio de los valores jurídicos”; Cobo y Vives la expresan con claridad muy útil en el campo constitucional, al decir: “Ese juicio [de la norma jurídica penal] califica esos acontecimientos, estados o acciones positiva o negativamente, conforme a los fines del Derecho. A esta concepción corresponde [...] la concepción del *injusto* como una lesión objetiva de las normas de valoración, como una lesión o puesta en peligro de los intereses (ligados a acontecimientos, estados, etc.) calificados por dichas normas de bienes jurídicos.- De estas normas objetivas de valoración ‘se deducen las *normas subjetivas de determinación*’, esto es, las directivas de conducta derivadas de ellas”; Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 148 y 151 (cursivas en el texto transcrito).

¹⁷⁷ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 161, p. 478; Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 133-136; Peralta, *op. cit.*, nota 120, p. 69; y Cruz, *op. cit.*, nota 154, p. 15.

¹⁷⁸ Cfr. Schuppert y Bumke, *op. cit.*, nota 32, pp. 16-18; Alexy, *op. cit.*, nota 161, p. 477; y Ossenbühl, Fritz, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 46, 1976, p. 2102. Esta “irradiación” del derecho fundamental lleva a la “constitucionalización” del orden jurídico, basada en múltiples factores y con igual diversidad de efectos; del tema nos ocupamos en *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 46-50. Véanse BVerfGE 7, 198 (207); y 35, 202 (219-221).

¹⁷⁹ Véase Häberle, *op. cit.*, nota 169, pp. 12-13 y 31-32.

¹⁸⁰ Cfr. Forsthoff, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en Dreier, Ralf, y Friedrich Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, pp. 56-57.

teoría jurídica todavía no definida con cabal nitidez;¹⁸¹ trae consigo que las disposiciones constitucionales (y en general cualquier otra) no expresen sólo meras prohibiciones y permisiones, sino también *juicios de valor* —valoraciones o estimaciones— que fundan tales enunciados deónticos, y sólo así se explican “el papel justificativo y la peculiar fuerza expansiva que las libertades constitucionales juegan en el discurso jurídico”.¹⁸²

Como era de esperarse, se han dirigido objeciones a la doctrina del sistema axiológico constitucional. Éstas pueden clasificarse en tres categorías:¹⁸³ las *filosóficas* que, desde una postura epistemológica escéptica, atacan la objetividad del orden axiológico de la Constitución por basarse en realidad en la intuición, ya que las personas —aun en situaciones óptimas para la impasibilidad y su consiguiente claridad de espíritu— no tenemos la capacidad de establecer con total certeza la verdad de las cosas; las *metodológicas*, fundadas en la idea de que la referencia a los valores constitucionales podría justificar cualquier resolución jurídica, lo que “destruiría la transparencia de la decisión judicial y conduciría a un ‘arcano de la interpretación constitucional’”; y las *dogmáticas*, que acusan a esta doctrina de soslayar el principio de libertad subjetiva —en sentido liberal— para favorecer unos valores “objetivos”, restando importancia a la persona humana dentro del orden jurídico y, asimismo, de despreciar la obligatoriedad de la Constitución y producir la arbitrariedad en su interpretación.

Todas estas objeciones adquieren vida en la confrontación, clásica en la doctrina germana, entre la —como veremos, salvable— disyuntiva entre las concepciones de la Constitución como un “orden marco (*Rahmenordnung*)”¹⁸⁴ o como un “orden fundamental (*Grundordnung*)” de valores objetivos.¹⁸⁵ La última se expuso bajo el epígrafe inmediato anterior; la primera entiende que la Constitución

típicamente sólo establece un marco de condiciones (*Rahmenbedingungen*), y reglas procedimentales para los procesos de actuación y decisión políticas, y corresponde a decisiones básicas y de principio (*Grund[satz]entscheidungen*) para la relación entre el individuo, la sociedad y el Estado, mas no contiene una regulación particular inmediatamente ejecutable en un sentido judicial o administrativo¹⁸⁶

Esta oposición tiene vastas y profundas implicaciones que se sintetizan en lo siguiente: si conformaran un “orden marco” en el sentido anterior, las normas de la Constitución serían rígidas e inmutables (y desde luego también su interpretación), por lo que no podría “adolecer” de la variabilidad que tendría de tratarse de un “orden axiológico objetivo” que solapara la volubilidad de las relaciones entre los valores que lo integran e impusiera, desplegándose, determinados contenidos al derecho ordinario como si fuera un “concentrado”¹⁸⁷ de éste, en vez de mantener un amplio margen de libertad para su

¹⁸¹ Cfr. Peralta, *op. cit.*, nota 120, pp. 60-61 y 73; Ollero, Andrés, “Entre derecho natural y positivismo jurídico: el problema de la fundamentación del derecho”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 876-877; y García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 181-186.

¹⁸² Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 145-146.

¹⁸³ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 161, pp. 136-157.

¹⁸⁴ Que sugirió Kelsen al referir el “marco” dentro del cual puede moverse la interpretación jurídica y su conformación escalonada del ordenamiento jurídico. Véase *supra*, cap. primero, nota 235; y Moreso, *op. cit.*, nota 108, pp. 168-170.

¹⁸⁵ Véase Cruz, *op. cit.*, nota 154, pp. 74-78.

¹⁸⁶ Böckenförde, *op. cit.*, nota 20, p. 2091. Véase también Starck, *op. cit.*, nota 10, pp. 192-195.

¹⁸⁷ Véase *infra*, cap. quinto, nota 302.

configuración.¹⁸⁸ Con lo anterior pueden vislumbrarse los puntos de conflicto entre ambas concepciones y su trascendencia en la interpretación constitucional, a los que enseguida nos referiremos atendiendo a las críticas a doctrina de los valores constitucionales.

La concepción axiológica de la Constitución rompe con el esquema de interpretación jurídica tradicional, de lo cual se lamenta Fortshoff —quizá su más agresivo crítico— porque implica “una dimensión espiritual que no puede tener cabida en la interpretación jurídica” al ser absolutamente “filosófica”, la cual lleva a no tomar en serio la naturaleza jurídica de la Constitución y a la “desvalorización su letra y de su estructura conceptual”, a través de un método “científico-espiritual (*geistwissenschaftlich*)”¹⁸⁹ que nada tiene que ver con el “verdadero” método jurídico: la subsunción.¹⁹⁰ Según él, este nuevo “método” es pernicioso para la seguridad jurídica y el régimen democrático, porque lleva a la “desformalización (*entformalisierung*)” del derecho constitucional por su dilución en casuística, que lo torna incierto y convierte a su intérprete jurisdiccional en “Señor de la Constitución (*Herr der Verfassung*)” al arrogarle una competencia decisoria que en realidad corresponde a órganos representativos.¹⁹¹ Además, criticó la idea de Peter Lerche de que las disposiciones (valores) constitucionales son “derecho concentrado” y la “constitucionalización” que produce su irradiación,¹⁹² expresando que la visión axiológica hace de la ley fundamental un “huevo jurídico originario” “del que todo surge, desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”.¹⁹³

Por su parte y esencialmente en la misma dirección, Böckenförde sostuvo contra los valores constitucionales que “con palabra alguna se habló en la Ley Fundamental o en la deliberación [constitucional] de valores o de un orden axiológico” y, asimismo, que alientan el relativismo en la interpretación constitucional especialmente la de los derechos fundamentales, ya que la emancipa de los métodos tradicionales.¹⁹⁴

Al responder a estas críticas lo primero es dejar bien sentado que el modelo axiológico de los derechos fundamentales *nunca priva a éstos de su carácter de “derechos de defensa” del gobernado* el cual, es más, se acepta sin discusión.¹⁹⁵ Partiendo de lo anterior, somos de la

¹⁸⁸ Cfr. Walter, *op. cit.*, nota 108, pp. 529-530.

¹⁸⁹ Manifestando clara y críticamente la influencia de Rickert y sus “ciencias del espíritu” en esta nueva concepción jurídica. Véanse *supra*, nota 148, y cap. primero, nota 199.

¹⁹⁰ Véase *op. cit.*, nota 180, pp. 52, 56-57, 61 y 68; y *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961, p. 28

¹⁹¹ Véase *op. cit.*, nota 180, pp. 69-70 y 72-73; y *op. cit.*, nota 190, p. 33.

¹⁹² *Supra*, nota 178.

¹⁹³ *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242, citado en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 19. Véase Cruz, *op. cit.*, nota 154, pp. 51 y ss.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, nota 155, pp. 1534 y 1537.

¹⁹⁵ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 169, p. 11; y Ossenbühl, *op. cit.*, nota 178, pp. 2100-2101. Recuérdese que en el caso *Lüth* el Tribunal Constitucional alemán enfatizó que “los derechos fundamentales son dispuestos *primeramente* para asegurar la esfera de libertad del individuo contra las transgresiones del poder público” (BVerfGE 7, 198 [204] [cursivas añadidas]); y en 2002, al referirse a dispositivos de escucha (*Mithörrichtung*), la Primera Sala del mismo sostuvo el carácter defensivo de los derechos fundamentales, buscando además su optimización como elementos axiológicos: “El artículo 10, párrafo 1, de la Ley Fundamental establece un derecho de defensa contra la acción estatal de tomar conocimiento del contenido y las circunstancias próximas de una telecomunicación, y encarga al Estado el cuidado de guardarse de ello cuando terceros particulares intervengan la comunicación” (BVerfGE 106, 28 [37]).

opinión de que la concepción axiológica de la Constitución y las demás¹⁹⁶ deben considerarse sólo como diversos puntos de vista de un mismo objeto y con ello formar una visión ecléctica del derecho constitucional; así lo sugiere el pensamiento de Peter Häberle sobre la “doble dimensión de los derechos fundamentales”, según la cual cumplen simultáneamente las funciones de ser prerrogativas del gobernado e instituciones con una función social.¹⁹⁷

Sin duda alguna, la finalidad más evidente de la Constitución es imponer lineamientos infranqueables que encaucen la actuación del poder público, un “marco” dentro fuera del cual ésta no deba realizarse pero que pueda hacerlo libremente en su interior, sobre todo atendiendo a las exigencias de un régimen democrático.¹⁹⁸ Pero este ámbito no puede formarse sino de acuerdo con una serie de prescripciones que buscan tutelar o promover ciertos “valores”; aunque la Constitución no hable “ni una sola palabra” de ellos como tales, no puede negarse que, como auténtico ordenamiento jurídico y aun como simple producto de la acción humana, no se excluye de elegir y procurar con sus disposiciones la realización de determinados fines específicos, lo cual presupone la valoración de éstos, así como la positivación fundamental del valor reconocido en ellos;¹⁹⁹ estos fines y valores indican del sentido de sus disposiciones que fijan el “marco” de actuación de los sujetos a quienes se dirigen, es decir lo que les está permitido o prohibido hacer, para orientar su conducta a dar a la realización de aquellos objetivos. En síntesis: la normatividad constitucional de la acción de dichos sujetos, para la salvaguarda de tales valores puede bien exigirles la omisión o la realización de una determinada conducta, o facultarlos para optar por una u otra, formando a través de tales regulaciones el ámbito preciso de licitud de su conducta.²⁰⁰

De este modo el “marco” constitucional que establece el ámbito de libertad de actuación de los poderes públicos y de la sociedad en general, sólo puede adquirir la forma determinada por el sentido fundado por la valoración de la ley fundamental a los bienes jurídicos que acoge; se concilian así las aparentemente contradictorias concepciones de la Constitución que expusimos, no considerando alternativamente a ésta dentro de una u otra, sino teniendo una perspectiva integral de la misma como un “orden marco fundamental”, que prescribe una dirección material determinada a la vida social pero mantiene un ámbito todavía extenso a su libre configuración por el poder público; tal sería a nuestro entender la justa concepción actual de la ley fundamental como un orden simultáneamente “marco” y “axiológico”.²⁰¹ Esta idea ya la había sugerido el mismo Böckenförde al decir que la Constitución sería

¹⁹⁶ Aparte de la liberal tradicional y la axiológica: la institucional, la funcional democrática, la del Estado social, la de los derechos de prestación, etc. Véanse Böckenförde, *op. cit.*, nota 155, p. 1530; y Ossenbühl, *loc. cit.*, nota 195.

¹⁹⁷ Véanse *op. cit.*, nota 169, pp. 4 y ss. y 92 y ss; y Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 127. La tesis del “doble carácter de los derechos fundamentales” también la adoptó el Tribunal Constitucional español, pero más explícitamente que el germano: “En primer lugar, los derechos fundamentales son *derechos subjetivos*, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un *ordenamiento objetivo* de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)” (STC 25/1981, F.J. 5 [cursivas añadidas]).

¹⁹⁸ Véase *supra*, § II.1.

¹⁹⁹ *Cfr. supra*, nota 153; y Vigo, *op. cit.*, nota 18, p. 143.

²⁰⁰ *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ediar, 2003, pp. 117-120.

²⁰¹ *Cfr.* Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de

por un lado como una vinculante *fijación de límites* del poder de decisión política [...], [y] por el otro como una vinculante *determinación de sentido* para el poder de acción y decisión políticas a través de la fijación de ciertos fines de conducta y principios conformadores.²⁰²

3. *El orden fundamental liberaldemocrático*

Sobre el contenido constitucional surge la cuestión de si éste debe seguir una cierta dirección; se trata desde luego de un problema de *ética política*, no de teoría jurídica pura,²⁰³ pero cuya solución es determinante para la valoración moral del sentido de la Constitución y la concepción de sus diferentes normas. Sería incontrovertible la afirmación de que el contenido constitucional, como toda obra humana, persigue ciertos fines; es difícil pensar, si no imposible, que la voluntad del Constituyente se produzca por capricho o azar, pues consiste en una creación humana histórica.²⁰⁴ Entonces puede concluirse que el Estado —y el Constituyente— se rige necesariamente por una determinada moral política que, al igual que la humana, indica normativamente el sentido de su conducta y afirmaríamos con Dabin que

el Estado es un sistema humano que se realiza por medio de actividades humanas individuales. En este sentido puede decirse que el respeto de la regla moral se impone tanto al Estado como a los particulares y que la mentira o el crimen de Estado no tienen mayor licitud que cualquiera otra mentira o crimen.²⁰⁵

Por lo menos en el mundo occidental de nuestro tiempo, pensamos que el Estado *debe ser* de tipo “*constitucional democrático*”, fundado en una moral política “personalista humanista”,²⁰⁶ lo que significa que la función del Estado y su justificación así como el sentido de lo político²⁰⁷ —entendido ampliamente incluyendo el ámbito social extraestatal—, giran en torno de “la persona considerada en su proyección social”.²⁰⁸ Para ello, el Estado constitucional democrático se funda en las ideas de “dignidad humana” y “pluralismo”,²⁰⁹ aunque muy bien podríamos referir *sólo a la primera* —y a la segunda como una mera consecuencia de ella— ya que es su “valor supremo” y una “norma estructural” del Estado y constitutiva de la sociedad, con eficacia inmediata y directa en todo ámbito.²¹⁰

Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 54-56; Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C.H. Beck, 1999, pp. 28-30.

²⁰² *Op. cit.*, nota 20, p. 2099 (cursivas en el original).

²⁰³ Véase Ferrajoli, *op. cit.*, nota 305, pp. 30-31.

²⁰⁴ Véase Bobbio, *op. cit.*, nota 89, pp. 97-101 y 129-130.

²⁰⁵ *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 138. Concluir que el Estado se rige por una “moral política” no resuelve por sí solo, desde luego, el problema de cuál debe ser el contenido de esa moral y de su reflejo en el orden jurídico.

²⁰⁶ *Cfr.* Bidart Campos, *op. cit.*, nota 200, p. 120.

²⁰⁷ Véase Dabin, *op. cit.*, nota 205, pp. 135-136.

²⁰⁸ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 95. Sobre Constitución y democracia, véanse *supra*, §§ II.1.B.b y II.1.B.c.

²⁰⁹ Véase Häberle, *op. cit.*, nota 121, p. 18; e *idem*, *op. cit.*, nota 52, pp. 1-2.

²¹⁰ Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, vol. II, p. 348.

Suena bastante arriesgado hablar de un “valor supremo” en cualquier campo de la vida humana y en particular en el jurídico que según dijimos entroniza a la dignidad humana,²¹¹ sin embargo, al cabo, todos los valores de un Estado constitucional democrático tienen una relación mediata o inmediata con la dignidad humana, lo que lleva a concluir que ésta es su “premisa o base antropológico-cultural” y, por lo tanto, su salvaguarda se convierte en fin ultimísimo del ordenamiento jurídico.²¹² Que tal cosa acontece respecto de los *derechos fundamentales* no es novedad, pues ese valor constituye su “punto de partida” y su “raíz”,²¹³ tampoco es muy difícil concebir que en él se apoye el *sistema democrático* y aliente la participación de las personas en la toma de decisiones políticas que de algún modo afectan sus vidas y les permite ubicarse dentro de una sociedad plural;²¹⁴ pero pueden también referirse a la dignidad humana principios tan “orgánicos” como, sin ser exhaustivos, el *federal*²¹⁵ o el *autonómico* en España y el *municipal*²¹⁶ —a los que se adhiere en Europa el supranacional²¹⁷—, en los que se manifiesta el respeto a la autodeterminación de grupos humanos integrados en una comunidad política y la conservación y promoción de sus aspectos peculiares para el afianzamiento de un pluralismo necesario a su supervivencia cultural;²¹⁸ o inclusive en el mismo caso está la *tutela jurisdiccional* que garantiza las más o menos importantes pretensiones humanas de realización existencial, que se hallan tras cada derecho vulnerado.²¹⁹

Fundando la dignidad humana a prácticamente todos los valores constitucionales, mediata o inmediatamente, no puede sino erigirse como el “valor básico” o central del ordenamiento jurídico y por lo tanto “intocable (*unantastbar*)”, como expresan el artículo 1.1 de la Constitución alemana y 10.1 de la española. Partiendo de la clásica doctrina kantiana,²²⁰ se

²¹¹ Cfr. Frondizi, *op. cit.*, nota 127, p. 225; y Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, p. 162.

²¹² Häberle, Peter, “Das Konzept der Grundrechte”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, p. 299; *idem*, *op. cit.*, nota 52, pp. 169 y ss; y *supra*, nota 160; como simples muestras de las incontables expresiones de la idea de la dignidad humana como “premisa antropológica-cultural” del Estado constitucional, en la obra de este autor.

²¹³ Häberle, *op. cit.*, nota 210, p. 323.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 350-353. Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 178, pp. 17-18.

²¹⁵ La transformación germana del *Reich* a la *Bundesrepublik* no fue un mero cambio en la forma estatal, sino uno mucho más profundo: la Ley Fundamental dio “al Estado alemán un nuevo orden federal (*föderalistische*) y democrático en lugar de una dictadura de Estado unitario” (BVerfGE 6, 309 [360-361]). Véase Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 100-104.

²¹⁶ Considerando especialmente el “carácter local relevante” de un asunto para dar a su respecto mayor o menor discreción al legislador, véase BVerfGE 79, 127 (152-155).

²¹⁷ Véase *infra*, cap. tercero, § VII.

²¹⁸ Cfr. Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, México, Torres Asociados, 2000, p. 54; Häberle, *op. cit.*, nota 52, pp. 29-30 y 269-270; García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 287; y Quintana Roldán, Carlos F., *Derecho municipal*, México, 5a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 195.

²¹⁹ Véase Sánchez Gil, Rubén, “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 237-239.

²²⁰ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 13a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 48-49 y 52-54. En la actualidad la doctrina kantiana sobre la dignidad humana es deficiente para fundar ese concepto sobre ella exclusivamente, ya que están fuera de su alcance casos que sin duda debe abrazar como el de los deficientes mentales, los enfermos en coma, etc.; cfr. Serna, Pedro, “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, vol. 41, 1999, p. 178. No es fácil construir una definición generalmente aplicable de la dignidad humana, básicamente puede decirse que se trata de un “respeto por el ser humano”, pero aún queda abierta la discusión sobre las implicaciones del mismo y quizá aquel concepto no pueda

trata de un valor que propugna la suficiente libertad de la persona humana para autodeterminarse y constituir un “fin en sí misma”, no un objeto a disposición del Estado, grupos u otros individuos, sin que esta amplia libertad sea ilimitada pues se da “relacionada y vinculada a la comunidad”.²²¹ La garantía de este personalismo humanista, desde luego no es compatible con cualquier regulación jurídica, sino sólo con aquella que establezca el respeto a las diferentes facetas vitales del ser humano, tanto en su individualidad como en su relación con la sociedad, y que incluso las promoviera; así, por ejemplo, los derechos fundamentales que restringen la injerencia estatal en ciertos ámbitos humanos esenciales (religión, familia, actividad profesional y artística, etc.), son una condición esencial para el desarrollo de este personalismo humanista.²²²

Esta tendencia hacia la promoción de la autonomía del ser humano y la sacralización de la “personalidad”, ya una franca contraposición al Estado paternalista que como “buen pastor”²²³ disponía autocráticamente lo “mejor” para sus súbditos, tiene como obvia consecuencia la generación de una *diversidad vital* opuesta a una controlada uniformidad.²²⁴ Esta pluralidad de pensamientos, idiosincrasias y representaciones, necesariamente requiere y lleva a un “proceso político abierto” que permita participar *efectivamente* en él al mayor número de integrantes de la sociedad, como un justo reconocimiento a la “limitación del conocimiento (*Erkennen*) humano”, equivalente a admitir que nadie es dueño de la verdad absoluta y proscribir la imposición de una determinada ideología.²²⁵

El derecho constitucional alemán (Ley Fundamental, jurisprudencia y doctrina) acuñó el concepto de “orden fundamental liberaldemocrático (*freiheitliche demokratische Grundordnung*)” para referirse al conjunto de normas de la Constitución que establecen el respeto a la dignidad humana y al pluralismo como fundamentos del orden constitucional, al cual son esenciales los derechos fundamentales y los de participación política.²²⁶ Desde cierto punto de vista, tal expresión parecería un contrasentido, en tanto la libertad del individuo excluye su sometimiento a la mayoría democrática; pero ello sólo puede sostenerse desde un concepción antigua de la libertad y de la democracia; ya hemos visto que en la actualidad se amalgaman la existencia de límites a los ámbitos de la decisión mayoritaria pero sin eliminar a

encerrarse en una definición general rígida, por eso se ha dicho que la dignidad humana sólo puede caracterizarse negativamente según los casos en que resulta vulnerada; Cruz, *op. cit.*, nota 154, p. 22; y BVerfGE 30, 1 (25-26).

²²¹ *Idem* 4, 7 (15-16); 45, 187 (227-229); y *supra*, § II.2.C. Véase también BVerfGE 12, 1 (4-5).

²²² Con el cual incluso crean una relación simbiótica en la que mutuamente se implican; *cfr.* Rolla, *op. cit.*, nota 208, p. 130.

²²³ La frase no es casual; la usó “mamá Carlota” para insistir al emperador Maximiliano contra la abdicación del trono mexicano, escribiéndole en septiembre de 1866 desde Europa donde infructuosamente buscó auxilio, que “la república es *une marâtre comme le protestantisme* y la monarquía es la salvación de la humanidad, el monarca es el buen pastor, el presidente el *mercenaire*, con esto está dicho todo”. Conte Corti, Egon Caesar, *Maximiliano y Carlota*, 3a. ed., trad. de Vicente Caridad, México, FCE, 2003, p. 499.

²²⁴ Véase Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2006, 21-31.

²²⁵ *Supra*, nota 231. Véase *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 641-642 (1943).

²²⁶ *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 59. “Así se configura el orden fundamental liberaldemocrático como uno que, bajo la exclusión de todo dominio de la fuerza y la arbitrariedad, representa un ordenamiento del poder acorde al Estado de derecho (*rechtsstaatliche Herrschaftsordnung*), con fundamento en la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la respectiva mayoría, la libertad y la igualdad. Entre los principios fundamentales de este orden deben contarse por lo menos: el respeto a los derechos humanos concretizados en la Ley Fundamental, ante todo el derecho de la personalidad a la vida y al libre desarrollo; la soberanía popular; la división de poderes; la responsabilidad del gobierno; la legalidad de la administración; la independencia de los tribunales; el principio de pluralidad de partidos (*Mehrparteiprinzip*) y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos con derecho a integrarse y al ejercicio de oposición, según la Constitución”, BVerfGE 2, 1 (12-13).

ésta, al grado de que “la democracia puede ser considerada como el desarrollo natural del Estado liberal”.²²⁷

A través del orden fundamental liberaldemocrático, la Constitución busca realizar una vida social —en el más amplio sentido— “abierta”, que permita la convivencia de las más diversas idiosincrasias en su seno, convirtiéndose en un “marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”, ordenando su respeto y reconociendo la imposibilidad (¿moral y/o epistemológica?) de imponer la adhesión o el rechazo a alguna de ellas.²²⁸ Dentro del pluralismo que implica esta clase de orden, el cual no sólo tiene relevancia política sino también una jurídica con múltiples implicaciones,²²⁹ la Constitución precisa su función no como un simple consenso al que subyace el acuerdo (presumiblemente) unánime de los integrantes de la sociedad sino como un “acuerdo mínimo” entre éstos, tomado “sobre plataformas de interés común”, respecto de elementos en que comparten universalmente y en cuya propuesta tienen un pensamiento análogo, a pesar de las diferencias que los particularizan.²³⁰

Sin embargo, lo que separa tajantemente la *imparcialidad ideológica ética y política* del orden liberaldemocrático, que no ha de confundirse con una “neutralidad” asimilable al nihilismo de los regímenes totalitarios, es que contrariamente a éstos ha erigido a la dignidad de la personalidad humana como valor supremo que se desarrolla en diversos principios indisponibles —en algún grado— a la decisión mayoritaria. El ejercicio democrático *en este contexto* no es relativista aunque pueda ser incierto, al estar acotado por reglas infranqueables que son principalmente los derechos fundamentales.²³¹

Por ello no tiene una visión completa la crítica hecha al pluralismo democrático en relación con la decisión mayoritaria, consistente en que el ejercicio absoluto de ésta puede imponer por su simple decisión como “verdad” aquello que no corresponde a la realidad, de modo que dejarle la posibilidad de que a través de una votación pudiera afectar bienes tan esenciales como la dignidad humana, la hace una forma de gobierno aún más nihilista que las totalitarias, con fundamento en que “la verdad no es un producto de la política (de la mayoría) sino que la precede e ilumina”.²³² Ciertamente que aun la consagración de los derechos fundamentales y otras determinaciones en los textos constitucionales como su aplicación en la realidad, no ofrecen una garantía de verdad objetiva en un sentido fuerte, sino al cabo una decisión mayoritaria de los constituyentes o del tribunal constitucional que no es más que una objetividad en un sentido débil, pero tal es la máxima certeza epistemológica al que humanamente puede aspirarse;²³³ las disposiciones constitucionales y especialmente las de derechos fundamentales tienen una legitimidad provenientes de su carácter de “verdades evidentes” políticas en este último sentido y les subyace un “consenso indiscutido acerca de [su] *fundamentalidad*”, que revela los puntos de contacto entre todas las diversas posiciones políticas y sociales.²³⁴ La alternativa —que mucho menos ofrece una verdad absoluta—, es una monarquía u oligarquía autocrática muy contraria a los valores de dignidad humana y democráticos, que hoy sostenemos con certeza como fundamentos de la convivencia social.

²²⁷ Bobbio, *op. cit.*, nota 224, pp. 7-10 y 39-44.

²²⁸ *Cfr.* Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 13; y STC 11/1981, F.J. 7.

²²⁹ STC 119/1990, F.J. 4.

²³⁰ *Cfr.* Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 218, pp. 26-28. Véase *supra*, § II.1.

²³¹ Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 71-72.

²³² *Cfr.* Ratzinger, Joseph, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 5a. ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Rialp, 2005, pp. 37, 81 y ss.

²³³ Véase *supra*, cap. primero, § II.5.

²³⁴ *Cfr.* Rolla, *op. cit.*, nota 208, pp. 118-121; *supra*, nota 79; y Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 218, p. 58.

Los valores de dignidad humana, libertad y democracia de este orden fundamental, en su aspecto más esencial —que además presenta un carácter progresivo²³⁵—, constituyen un “núcleo duro” que determina sus perfiles distintivos y además le impide caer en un nihilismo ético y político que atente contra su propia existencia. Siendo elementos de ésta, tales valores fungan como un criterio para rechazar de la inclusión pluralista los procederres que atenten contra sus bases, es decir la “libertad” que promueve no llega al extremo de admitir que se socaven sus fundamentos y convertirla en autodestructiva;²³⁶ la solidez nuclear del orden fundamental liberaldemocrático, donde radica la más esencial “verdad evidente” política a cuyo respecto acaba su flexibilidad y tolerancia, se muestra precisamente al enfrentar la sola posibilidad —así sea remota— de supresión del personalismo humanista y la apertura social que mantiene y busca expandir.²³⁷ Este “núcleo duro” liberaldemocrático puede configurarse en diversos grados hasta el extremo alemán —en el que juega un importante papel la experiencia histórica, claro está— de erigir una “democracia agresiva (*streitbar*)” contra sus enemigos,²³⁸ pero en general se admite indiscutiblemente como uno de sus principios básicos que “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales”.²³⁹

4. Aspectos sociales y axiológicos de la interpretación constitucional

A. Sociedad e interpretación constitucional

Aunque múltiples sujetos pueden interpretar cualquier elemento integrante del ordenamiento jurídico, la Constitución se halla bajo un escrutinio público muy amplio y continuo —sobre todo si lo da la jurisdicción—, por tener una relación inmediata con asuntos

²³⁵ Véase *infra*, cap. tercero, § IV.1.

²³⁶ Cfr. Beuchot, Mauricio, “Respuestas a Gianni Vattimo y a Ambrosio Velasco Gómez”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 57-58.

²³⁷ En el caso KPD (Partido Comunista de Alemania; *Kommunistische Partei Deutschlands*), usando una contundente dialéctica, el tribunal de Karlsruhe desarrolló pormenorizadamente las implicaciones del orden fundamental liberaldemocrático y las contrastó con ideologías totalitarias —en tal ocasión, obviamente con dedicación al marxismo-leninismo—; nos esforzaremos por presentar al lector siquiera las ideas principalísimas de ese pasaje. La “dictadura del proletariado” y el orden liberaldemocrático se excluyen mutuamente, lo que expresamente afirmó el KPD; la primera ve al ser humano sólo como integrante de una clase explotadora o trabajadora y con un valor “según la medida de su utilidad para un fin social general”, el segundo como un ser autónomo con dignidad intrínseca y múltiples dimensiones; la libre discusión y la salvaguarda de las minorías no las contempla la primera, cuyo valor supremo es preparar a toda costa el advenimiento del socialismo y que excluye la consideración a otras o nuevas concepciones políticas al mantener “sólo una verdad”. BVerfGE 5, 85 (141 y 195-207); véase también *idem* 2, 1 (6, 14-15 y 68-69), contra el nacionalsocialismo.

²³⁸ Véanse los arts. 18 y 21.2 de la Ley Fundamental; y BVerfGE 30, 1 (19-21).

²³⁹ STC 48/2003, F.J. 7 —teniéndose en cuenta STC 20/1990, F.J. 5—; BVerfGE 10, 118 (121-124); y Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 417-419. Véase *supra*, nota 82. “Que un sistema constitucional no pueda utilizarse para su propia destrucción realza una problemática que el síndrome de Weimar reveló al mundo”, Klein, *op. cit.*, nota 64, p. 204 (síndrome que Salazar Ugarte llama “dilema de la democracia” en *op. cit.*, nota 62, p. 134). Todavía hoy el tema de “la libertad contra la libertad” es susceptible de discusión y mayores precisiones; en el respectivo debate no deben olvidarse los argumentos de a John Stuart Mill para afirmar —con las restricciones que impone la doctrina norteamericana del “*clear and present danger*” que precisa al filósofo inglés— que “debería existir la más completa libertad para profesar y discutir cualquier doctrina, como forma de convicción ética, por inmoral que pudiera considerarse” (*Sobre la libertad*, trad. de José Meza Nieto, México, Diana, 1965, pp. 53 y ss [cursivas añadidas al texto transcrito]).

de trascendente interés social, en dos palabras: con la *res publica*.²⁴⁰ “La tesis es: En el proceso de interpretación constitucional potencialmente se insertan *todos* los órganos estatales, todas las fuerzas públicas, todos los ciudadanos y grupos”.²⁴¹

Häberle formuló el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” y distingue a éstos por su sentido amplio o estricto. *Intérpretes en sentido amplio* son todos aquellos sujetos o grupos que “viven” la Constitución y participan de algún modo u otro, directa o indirectamente, en la vida pública o política, por ejemplo: los mismos órganos estatales, partidos políticos, organizaciones civiles, la academia o aun individuos aislados, actuando en ámbitos políticos, culturales o económicos; *en sentido estricto*, exclusivamente los “jurídicos oficiales” y en especial los tribunales.²⁴²

La “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” obviamente sólo halla cabida en un Estado constitucional democrático en el que tenga lugar una “diversidad de ideas e intereses en la comunidad política”, ya que sólo así puede darse una “democratización” de la interpretación constitucional a la que lleva la participación de todos los actores mencionados, que se convertiría de esta manera en un “proceso público”.²⁴³ Esta interpretación constitucional “abierta”, aspira a integrar en ella el texto de la ley fundamental y la realidad social; reconoce que la Constitución es al mismo tiempo “espejo” y “fuente de luz” de la realidad: tanto ordena la vida de la sociedad como se nutre de ella para modificar su contenido de acuerdo a sus necesidades actuales, lo que le proporciona dinamismo histórico —que bien puede implicar un peligro por la relativización a que puede conducir—.²⁴⁴

No obstante su apariencia, el pensamiento anterior sobre una interpretación constitucional pluralista no llega al extremo de postular la anarquía en ella, no quiere decir que *toda* persona se convierta en intérprete definitivo de la Constitución y la entienda como desee y/o para su conveniencia, dotando de validez jurídica su atribución de significado. En realidad, la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” quiere decir simplemente que éstos en sentido amplio sean “participantes esenciales en el procedimiento de ‘*trial and error*’ en el curso del descubrimiento del derecho (*Rechtsfindungsprozeß*)”. La sociedad, como una pluralidad heterogénea de grupos, individuos y sus intereses, en la apertura democrática se convertiría mediatamente y a largo plazo en intérprete de la Constitución, de cuyas opiniones

²⁴⁰ Cfr. Limbach, Jutta, “*Im Namen des Volkes*”. *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart, DVA, 1999, p. 199.

²⁴¹ Häberle, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 80 (cursivas en el original).

²⁴² Cfr. *ibidem*, pp. 80, 83 y 85; y “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 47.

²⁴³ Cfr. *op. cit.*, nota 242, pp. 55-56, 60 y 63; y *op. cit.*, nota 241, pp. 86, 89 y 92. “El proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos. [...] En consecuencia, las actuales formas de desarrollo de la democracia no pueden ser interpretadas como la afirmación de un nuevo tipo de democracia, sino que más bien deben ser entendidas como la ocupación, de parte de formas tradicionales de democracia, de nuevos espacios, es decir, de espacios dominados hasta ahora por organizaciones de tipo jerárquico y burocrático”, Bobbio, *op. cit.*, nota 89, pp. 218-219.

²⁴⁴ Cfr. *op. cit.*, nota 242, pp. 48 y 52; y *op. cit.*, nota 241, p. 90. Aunque el profesor de Bayreuth no lo dice expresamente, su posición claramente suscribe la “teoría de la integración” de Smend, lo que se explica por la sucesión magisterial entre ambos en la que media Konrad Hesse; véase *op. cit.*, nota 242, pp. 50 y 57-58; *supra*, nota 120; y Smend, *op. cit.*, nota 120, pp. 131-137.

serían un filtro y un canal la metodología interpretativa y los intérpretes oficiales —en especial los tribunales constitucionales—. ²⁴⁵

La apertura de la interpretación constitucional implicaría no sólo que sus instancias oficiales sean sensibles y receptivas a las construcciones de sentido social para la Constitución, sino también que lo sean para “hablar” con la sociedad y proponerle razonadamente sus decisiones para que sean aceptadas. La interpretación constitucional —y en sumo grado la jurisdiccional— se da en una relación de tensión entre diversas fuerzas y su resultado afecta importantes intereses públicos, no únicamente de los directamente interesados en él. ²⁴⁶

De entre los diversos intérpretes constitucionales en sentido amplio, son dos los que para efectos de este trabajo llaman especialmente nuestra atención: la academia jurídica y a los jueces. Nos referiremos a ellos sucesivamente en las próximas líneas.

La formación de teorías constitucionales es en sumo grado determinante del sentido de la interpretación constitucional porque implica una precomprensión de los problemas que ésta debe resolver, a la luz de la cual son analizados, ²⁴⁷ así lo muestran los diversos alcances que se han dado a los derechos fundamentales, según la teoría que se haya adoptado su intérprete. Al adoptar sus puntos de vista, la jurisdicción constitucional sirve de “catalizador” de la academia como intérprete la ley fundamental —y también viceversa—; ²⁴⁸ la actividad académica es, en el constitucionalismo de nuestro tiempo, esencial para formar una cultura constitucional que asegure la permanencia —paradójicamente a través de la posibilidad de cambio— de la ley fundamental. ²⁴⁹

En dos vertientes adicionales participa la academia —en un alcance vastísimo que incluye de la educación elemental a la universitaria— como intérprete constitucional en sentido amplio: como depositario de la memoria de la experiencia constitucional histórica (“el conocimiento científico no se basa en el olvido”), necesaria para la formación de un contexto en que se dé la interpretación de la Constitución, y asimismo como promotor de la tolerancia y de la exclusión de la violencia (*Gewaltlosigkeit*), condiciones esenciales de integración de consenso en una sociedad abierta. ²⁵⁰

Por su lado, los jueces participan en la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en dos dimensiones: como intérpretes en sentido estricto y en sentido amplio. Nos interesa en este momento la segunda de ellas.

Como intérpretes constitucionales en sentido amplio los jueces actúan en la interpretación oficial hacia adentro y afuera. Acerca de la primera dirección podemos afirmar que para los jueces su calidad de *ciudadanos* es inseparable; con ella llevan al ejercicio de su cargo oficial la idiosincrasia que mantienen en la esfera privada, con los antecedentes culturales, socioeconómicos, religiosos y morales que implica, y la hacen jurídicamente relevante al introducirla en sus resoluciones por medio de valoraciones y precomprensiones. ²⁵¹ La

²⁴⁵ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 241, pp. 84, 90-91 y 93.

²⁴⁶ Cfr. *ibidem*, p. 86; Limbach, *op. cit.*, nota 240, pp. 174-181; y Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 6-7.

²⁴⁷ Cfr. Ehmke, *op. cit.*, nota 4, pp. 343-345; Böckenförde, *op. cit.*, nota 20, pp. 2097-2098; e *idem*, *op. cit.*, nota 155, pp. 1529-1530.

²⁴⁸ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 241, pp. 85 y 87-88.

²⁴⁹ Cfr. Aragón, *op. cit.*, nota 79, pp. 119-120.

²⁵⁰ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 242, pp. 56, 61 y 63.

²⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 49. Véase *supra*, cap. primero, § V.4.

conformación plural de los tribunales refleja en ellos, aunque sin nitidez, la disensión y los conflictos que son parte esencial de una sociedad abierta.²⁵²

Pero también hacia fuera los jueces participan en la discusión que se forma por la interpretación constitucional abierta, con la emisión de *votos particulares*.²⁵³ Éstos desde luego implican el desacuerdo entre los integrantes de un tribunal, que reproduce las luchas de opinión en la sociedad, de orígenes étnicos, religiosos, morales o de “estilos de vida”, muchas veces irreconciliables por tratarse de temas cáusticos debatidos con ardor en la sociedad como el aborto —como muestran las experiencias norteamericana y alemana— y la homosexualidad —que ha enfrentado a España por el “matrimonio” entre personas de un mismo género—. ²⁵⁴ Los votos particulares, además de que favorecen la razonabilidad de la decisión judicial al llevar a un especial esfuerzo argumentativo, dan su parte de razón a los seguidores de la postura (democráticamente) derrotada por la mayoría del tribunal y

hacen posible que los ciudadanos y las ciudadanas experimenten que [en la interpretación constitucional] no están en acción reyes-jueces (*Richterkönige*) que flotan libremente en el aire, sino *seres humanos de carne y hueso*, cada uno con su propia imagen de una sociedad justa y, por tanto, una diferente concepción del derecho.²⁵⁵

Quisiéramos tan sólo apuntar una solución —nada nueva, por cierto— adecuada al dilema entre la certeza de la interpretación constitucional y su democratización en una sociedad plural, ante la necesidad de institucionalizar a ésta: la figura del *amicus curiae*, usada en los procedimientos ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁵⁶ por mencionar las sedes más llamativas.

Los *amici curiae* contribuyen a una ampliación del debate jurisdiccional constitucional y, con ello, a dotarlo de un mayor grado de democratización y aumentar las posibilidades de aceptación social de la resolución correspondiente.²⁵⁷ Salvaguardando el derecho a la tutela judicial y aun otros como el de intimidad, por esta figura pueden aportarse nuevas perspectivas

²⁵² Hablando de la integración del Tribunal Constitucional Federal alemán, su cuarto presidente, Wolfgang Zeidler, dijo el 20 de diciembre de 1983 al presentar oficialmente a Ernst-Wolfgang Böckenförde y Hans H. Klein como jueces de esa instancia: “Esto permite que surjan superficies de fricción entre personas tan disímiles, que en conjunto son adecuadas para sustituir los ya imposibles controles externos. La partición del poder se refleja con ello en un paralelogramo formado por las fuerzas de la colegialidad y de la cooperación, de la crítica y de la confrontación”, citado en Limbach, *op. cit.*, nota 240, pp. 198-199. “El conflicto y la disensión son una expresión de la *res publica*”, Häberle, *op. cit.*, nota 242, p. 62.

²⁵³ *Cfr.* Häberle, *op. cit.*, nota 241, p. 82.

²⁵⁴ Véase Limbach, *op. cit.*, nota 201, pp. 33-34; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 645 y 664.

²⁵⁵ *Cfr.* Limbach, *op. cit.*, nota 201, pp. 34-35 (cursivas añadidas al texto transcrito).

²⁵⁶ Véanse los numerales 37 del Reglamento de la Suprema Corte de los Estados Unidos; 36.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y 44.2 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y 63.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como *amicus curiae* Amnistía Internacional tuvo un importante papel en la decisión final de la Suprema Corte norteamericana en *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 [2003]), por la trascendencia en dicha resolución de su exposición sobre el “derecho comparado a nivel internacional” respecto del tópico tratado en ese asunto; *cfr.* Sagüés, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 213.

²⁵⁷ *Cfr.* Bazán, Víctor, “El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, *passim*.

al tribunal sobre el problema que debe resolver, basadas en conocimientos especializados y profundos sobre el mismo, especialmente en “casos difíciles” que afecten susceptibilidades sociales.²⁵⁸

En el derecho procesal constitucional mexicano, no vemos objeción a la participación de algún *amicus curiae*, aunque no se encuentre prevista específicamente en la legislación relativa, y manifestando que nos parece conveniente regular esta figura. Al cabo, con algunas salvedades —como en el amparo de estricto derecho— a cuyo respecto sería preciso reflexionar, los tribunales constitucionales mexicanos deben respetar el derecho de petición de las personas —aunque no sean parte de un proceso— y valerse de cualquier persona o documento para encontrar la verdad material del litigio que deben resolver; máxime que al acudir alguna de las partes formales del proceso constitucional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una vez agotada aquél, sede internacional que puede escuchar a los “amigos del tribunal”,²⁵⁹ haría “absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus* ante los tribunales internos”.²⁶⁰

B. La “lectura moral” de la Constitución

Puede decirse que la “justicia” es el valor normativo principal que orienta el derecho, pero es en realidad un mero continente formal que requiere concretización. Si la definimos con las célebres palabras de Ulpiano²⁶¹ —como prácticamente siempre se ha hecho— a fin de calificar un acto de justo o injusto, nos es preciso determinar qué es *hic et nunc* lo “suyo” de “cada uno”, para lo cual necesitamos determinados valores específicos que sirvan de criterios o pautas de valoración. Tales valores concretos pueden ser de muy variada índole: éticos, intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos, etc.²⁶²

Estos “valores de segundo grado” —por llamarlos de algún modo y distinguirlos de la “justicia”— se implican en la Constitución a través de los diversos bienes salvaguardados por sus disposiciones, desde las elevadas consideraciones éticas —diferentes a la general justicia o

²⁵⁸ Este provecho para el debate judicial es el criterio determinante en los Estados Unidos para admitir los *briefs* de los *amici curiae*, como indica la regla 37.1 de su Suprema Corte: “El informe de *amicus curiae* que llame la atención a alguna cuestión relevante que las partes no hayan señalado, ayudaría considerablemente a la Corte. El informe de *amicus curiae* que no sirva a este propósito, es gravoso para la Corte y no se apoya su presentación”.

²⁵⁹ Para un ejemplo de la participación de los “amigos” de la Corte Interamericana, provenientes no sólo de México sino también de los Estados Unidos y otros países latinoamericanos —dada la importancia del tema—, véase *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, § 47.

²⁶⁰ *Cfr.* arts. 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles (supletorio en el derecho procesal constitucional mexicano); “PRUEBAS Y ACTUACIONES PROCESALES. EL JUZGADOR DE AMPARO DEBE ALLEGÁRSELAS CUANDO LAS ESTIME NECESARIAS PARA RESOLVER EL ASUNTO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 363, p. 309; y Bazán, *op. cit.*, nota 257, pp. 45-46 y 53 (cursivas en el original del texto transcrito); y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PARA MEJOR PROVEER, ES LEGAL AGREGAR A LOS AUTOS LAS PRUEBAS OFRECIDAS POR UN TERCERO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, t. II, noviembre de 1995, tesis P. CIX/95, p. 86. Parece haber una tendencia a favor de la inclusión del *amicus curiae* en los procesos constitucionales mexicanos, que propone un cambio de actitud judicial más que reformas legales *ad hoc*; véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, 2006, pp. 156-157.

²⁶¹ “La justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo (*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)”, Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, 8a. ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1991, p. 19.

²⁶² *Cfr.* Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 15, pp. 479, 488-489 y 491.

bondad— que trae consigo la dignidad humana al simple pragmatismo comunicativo de establecer una lengua como oficial; forman todos ellos, lo que puede concebirse como una “moral constitucional”.²⁶³ Parece entonces una tarea fácil la aplicación de tales valores con preferencia a los personales de los operadores jurídicos y, sencillamente, mandarles apelar a tal expresión de “la conciencia jurídica y moral de la comunidad”.²⁶⁴

Sin embargo, para reconocer los valores constitucionales que determinarán el contenido del ordenamiento jurídico a través de los diversos actos del poder público, es necesario interpretar las disposiciones iusfundamentales indagando sus finalidades específicas,²⁶⁵ lo que en no pocas ocasiones requiere un importante esfuerzo intelectual y argumentativo por la elevada abstracción del lenguaje constitucional, que requiere especificación casuística de su contenido por parte del mismo operador jurídico;²⁶⁶ ello además se complica por los múltiples conceptos usados en la Constitución, que requieren necesariamente ser dotados de un contenido de índole moral.²⁶⁷ De modo que no sería extraño que la valoración resultante de la interpretación constitucional no sea la del Constituyente, sino la del legislador, el administrador o la del juez. La percepción del intérprete jurídico resulta entonces inescindible de la acción valorativa que realice, tanto para reconocer los valores constitucionales como para estimar un caso concreto, potencial o actual, de acuerdo con ellos.²⁶⁸

La necesaria relevancia jurídica de valores éticos de segundo grado²⁶⁹ y en especial la carga axiológica que tienen los preceptos constitucionales al incluir términos como “justicia”, “igualdad”, “justificación” o “debido”,²⁷⁰ llevan a una insorteable “*lectura moral de la Constitución*” que “propone que todos nosotros —jueces, abogados, ciudadanos— interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en el entendido de que invocan principios morales acerca de decencia política y justicia”,²⁷¹ lo que necesariamente llevaría a la inclusión de las valoraciones propias de los operadores jurídicos, particularmente de los jueces para los cuales además crea una serie de problemas políticos de los que nos ocuparemos más adelante.²⁷² Por ejemplo: si bien la Constitución debe interpretarse en el sentido de no afectar el orden fundamental liberaldemocrático, manteniendo abierto el proceso político a diversas opciones (no sólo en un sentido inmediatamente relacionado con lo estatal, sino en lo social ampliamente considerado),²⁷³ dicha apertura dependerá en mayor o menor grado de las valoraciones que haga un tribunal constitucional para dar contenido a los conceptos de “democracia”, “pluralismo”, “tolerancia”, etc., que se relacionen con el caso concreto.

Este “enfoque moral (*moral approach*)” también lo sostiene Joseph Raz, para quien la relevancia social —“impacto en la vida de las personas”— y moral —contenido ético,

²⁶³ Vergottini, *op. cit.*, nota 318, p. 122.

²⁶⁴ Vigo, *op. cit.*, nota 18, p. 151.

²⁶⁵ *Cfr.* Bidart Campos, *loc. cit.*, nota 206.

²⁶⁶ Véase *infra*, § IV, especialmente las notas 464 y 480. Ésta es la “amplia conexión espiritual” criticada por Forsthoff, realizada a través de la interpretación teleológica que suprime los elementos formales de la interpretación constitucional en el Estado de derecho; *cfr. op. cit.*, nota 180, p. 60.

²⁶⁷ *Infra*, § IV.1.B.b.

²⁶⁸ *Cfr.* Frondizi, *op. cit.*, nota 137, pp. 194, 217-218.

²⁶⁹ *Cfr.* Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 15, p. 493.

²⁷⁰ O como hace el art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana estableciendo francamente a la “ley moral (*Sittengesetz*)” como límite *jurídico* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que lleva a decir que “¡las leyes inmorales (*unsittlich*) nunca pertenecen al orden constitucional!”. BVerfGE 6, 389 (434).

²⁷¹ Dworkin, Ronald, *Freedom’s law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, p. 2.

²⁷² Véanse *supra*, cap. primero, § V.4.D; e *infra*, cap. cuarto, § II.2.

²⁷³ STC 11/1981, F.J. 7.

acercándose a Dworkin— de la Constitución, hace que una decisión relativa a ella se encuentre justificada sólo cuando se base en “consideraciones moralmente firmes”; de ahí que “les guste o no, los tribunales encaran problemas morales [frecuentemente controvertidos], y deben comportarse de una manera sancionada por la moralidad”.²⁷⁴

Por lo visto, el problema no es eliminar las valoraciones propias del juicio constitucional y el horizonte ético de los juzgadores, cuya intervención autoriza el lenguaje indeterminado del Constituyente y es aun *inevitable*, pues la misma pretensión de corrección del orden jurídico obliga a recurrir a criterios valorativos y morales en la solución de un caso concreto.²⁷⁵ En realidad, el problema es superar el reto que lo anterior plantea para lograr la máxima transparencia y razonabilidad de tales valoraciones y “que los juristas muestren los fundamentos últimos de sus propuestas de aplicación para que la discusión sea abierta, para no disfrazar decisiones morales con mantos jurídicos”.²⁷⁶

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. *La Constitución como regulación jurídica*

A. *Prolegómeno*

Antes de cualquier otra cosa, si queremos hacer a la Constitución —refiriéndonos obviamente siempre a la escrita— objeto de la interpretación *jurídica*, debemos determinar intereses. A pesar de que aun no considerándola un continente de normas jurídicas, la Constitución puede ser susceptible de interpretarse como cualquier otro texto, ello la alejaría de ser empleada para resolver jurídicamente los mencionados conflictos, con los si ella es o no una *f fuente de derecho* relevante para la solución normativa de conflictos de elementos de la metodología propia de la jurisprudencia, modificando así cualitativamente la naturaleza de la interpretación que se daría a la Constitución volviéndola de carácter *político*, la cual además sólo se realizaría optativamente y como un mero recurso de lenguaje discursivo.²⁷⁷

Para el tema general de este trabajo, la interpretación constitucional, interesa especialmente la concepción de la ley fundamental como fuente jurídica, porque el grado de su calidad normativa incide directamente en el significado que se atribuiría a las disposiciones constitucionales para hacerlas aplicables lo más inmediatamente posible o dejarlas como un

²⁷⁴ *Op. cit.*, nota 44, pp. 178-179. Véase *supra*, nota 205.

²⁷⁵ *Cfr.* Ollero, *op. cit.*, nota 181, p. 875; y Alexy, Robert, “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional” (trad. de Eduardo R. Soderó), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 4-5. “El Tribunal Constitucional Federal reconoce la existencia de derecho suprapositivo (*überpositives Recht*), que también vincula al Constituyente, y es competente para juzgar (*messen*) el derecho instituido (*gesetztes Recht*) con él” (!), BVerfGE 1, 14 (18). Véase *supra*, nota 205.

²⁷⁶ Moreso, *op. cit.*, nota 108, p. 237; véase también Dworkin, *op. cit.*, nota 271, p. 31. La misma opinión sostuvo el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Soraya*: “La tarea de la judicatura puede exigir especialmente representaciones valorativas (*Wertvorstellungen*) inmanentes al orden jurídico constitucional, pero que no se llegan a expresar o lo hacen incompletamente en el texto de la ley escrita, en un acto de reconocimiento estimativo al que no faltan elementos volitivos [...] Sin embargo, el juez debe mantenerse libre de arbitrariedad; su decisión debe basarse en una argumentación racional”, BVerfGE 34, 262 (287). Es muy llamativo que juristas pertenecientes a tradiciones jurídicas tan diferentes —la romanista y la anglosajona— como los citados, estén plenamente de acuerdo sobre este punto.

²⁷⁷ *Cfr.* Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 59.

postulado de simple moral política, lo que traería a los intérpretes de la Constitución mayores o menores esfuerzos en su actividad.²⁷⁸

Aunque en la actualidad se concibe unánimemente a la Constitución como derecho inmediatamente aplicable en general, ello no siempre fue así. El curso histórico para llegar al punto actual ha sido largo y no exento de complicaciones y objeciones, como siempre. El origen de la Constitución como norma jurídica puede rastrearse desde el derecho inglés del siglo XVII —para no ir más lejos— y bifurcarse en las tradiciones norteamericana y francesa, hasta converger en el pensamiento contemporáneo; a continuación haremos una relación de este decurso, en la forma más sucinta que nos sea posible para no omitir algún elemento esencial del mismo.

B. *Del rule of law al jus constitutionale commune*

La idea de un derecho superior a la ley creada por el parlamento y determinante para la validez de ésta, es evidentemente de raigambre iusnaturalista.²⁷⁹ La particular concepción jurídica del *rule of law* anglosajón, denominación que tiene más o menos un siglo pero cuyos elementos substanciales se remontan a la edad media, que específicamente sostiene la idea de que “el rey tiene que someterse a una *higher law* de procedencia hasta cierto punto incierta”²⁸⁰ y, en términos más genéricos, consiste en un especial enfoque hacia el derecho que busca la justicia material y no formal y proscribir la arbitrariedad, con base en los valores de predictibilidad, equidad y razonabilidad (*fairness*).²⁸¹

Sería imperdonable no mencionar al juez Edward Coke (1552-1634) quien ayudó a afianzar la idea de una ley fundamental inglesa, no codificada sino integrada por las instituciones y pactos sobre los que se apoyaba la convivencia política de ese país, cuya vulneración parlamentaria obligaba a los jueces a restablecer ese “derecho superior a la ley” por vía de interpretación o de los demás medios que tuvieran al alcance por su oficio,²⁸² para muestra basta repetir las palabras de Coke en el caso *Bonham* de 1610, afirmando que “incluso una ley del Parlamento hecha contra la equidad natural es nula en sí misma, porque los derechos naturales son inmutables y ellos constituyen las leyes de las leyes”.²⁸³

La práctica de una normatividad escrita con jerarquía superior a la ley parlamentaria, se inició en las colonias inglesas en América.²⁸⁴ Cada una de estas colonias tenía una carta otorgada por la corona inglesa que la fundaba y regulaba el ejercicio de su gobierno a manera de estatutos —muchas se establecieron como corporaciones mercantiles—, cuyas disposiciones eran invocadas judicialmente para lograr la nulidad de los actos que las

²⁷⁸ Cfr. Silva, José Afonso da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 38-39.

²⁷⁹ Véanse Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2000, pp. 24-25; y García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997, pp. 128-129.

²⁸⁰ Pereira Menaut, *op. cit.*, nota 158, p. 30 (cursivas en el original).

²⁸¹ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 643-644.

²⁸² Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, pp. 66-67.

²⁸³ “even an Act of Parliament made against Natural Equity is void in itself; for ‘iura naturae sunt immutabilia’ and they are ‘leges legum’”. Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 50-53.

²⁸⁴ Cfr. Mendonca, Daniel y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 81.

contravenían, de lo cual un ejemplo es el caso *Winthorp v. Lechmere* llevado ante el Consejo Privado del Rey en 1727.²⁸⁵

Las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII, obviamente primero aquella en tiempo, fundan “un nuevo concepto y una nueva práctica”: el poder constituyente, titular de la soberanía y facultado para establecer una ley suprema.²⁸⁶ Pero el ejercicio constitucional se debió a motivos diferentes y siguió también derroteros distintos en dichas latitudes.

Luego de obtener su independencia, las ex colonias británicas en América sustituyeron sus cartas reales fundatorias por una Constitución que también regulaba la organización de su gobierno, y transitaron luego brevemente por la confederación hasta que adoptaron la Constitución federal de 1787.²⁸⁷ El motivo determinante en los actuales Estados Unidos para la adopción de una Constitución fue, desde el principio, limitar claramente el poder del legislador a través de *normas jurídicas* que no pudiera transgredir por su actuación so pena de que ésta fuera inválida,²⁸⁸ con indudable inspiración en el iusnaturalismo europeo en el que se inscribió la tradición inglesa del *rule of law*.²⁸⁹ El carácter normativo de la Constitución fue perfectamente reconocido por Alexander Hamilton en 1788, aunque sin la plena convicción de que fuera un documento auténticamente jurídico;²⁹⁰ incluso en los Estados Unidos, en un principio, la opinión general fuera de que sólo excepcionalmente las normas constitucionales tenían eficacia plena y aplicabilidad inmediata, y normalmente correspondiera al legislador implementar sus mandamientos, lo que cambió con la implantación de la *judicial review*.²⁹¹

La idea constitucional fue importada por los franceses que ayudaron a las colonias americanas a obtener su independencia de Inglaterra, de los cuales el más señalado es el marqués de La Fayette, reconociéndose en Sieyès la “gloriosa paternidad de la teoría del poder constituyente” entre 1788 y 1789.²⁹² A diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, en Francia la Constitución no tuvo por finalidad directa y deliberada limitar normativamente el ejercicio del poder legislativo, sino servir de hito a la caída del *ancien régime* y al establecimiento de uno nuevo.²⁹³

²⁸⁵ Véase Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1963, pp. 29-31.

²⁸⁶ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, pp. 103-104.

²⁸⁷ Cfr. Grant, *op. cit.*, nota 285, p. 31.

²⁸⁸ “Esta Constitución es la ley suprema del país (*supreme law of the land*) y ninguna ley (*act*) del Congreso que no descansa en la autoridad conferida por ese instrumento, tiene alguna validez”, *United States v. Germaine*, 99 U.S. 508, 510 (1879).

²⁸⁹ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, pp. 104 y 120; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 283, p. 52. El derecho constitucional norteamericano se origina en una singular inserción en el *common law* de la “codificación” francesa de los derechos naturales del hombre y de la ley escrita en general, resultante en una constante tensión entre los postulados de aquella tradición y los de la romanista sobre la fidelidad al autor de la ley, especialmente en materia de interpretación judicial de la Constitución; cfr. Pegoraro, Lucio, y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado. Metodologías de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 11; Scalia, *op. cit.*, nota 24, pp. 17-18; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 648-649.

²⁹⁰ “Una Constitución es *de hecho* una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. [...] debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”. *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000, núm. LXXVIII, p. 332 (cursivas añadidas).

²⁹¹ Cfr. Da Silva, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 73; e *infra*, § III.1.C.

²⁹² *Supra*, nota 91.

²⁹³ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, p. 120; y Mora-Donatto, *op. cit.*, nota 277, p. 12.

Si bien la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se perfiló como un conjunto de disposiciones que limitarían la legislación, el pensamiento francés concibió a esta última como “expresión de la voluntad general” realizada por el Parlamento como “el representante y el equivalente (*égal*) del Soberano”,²⁹⁴ superior incluso a las disposiciones constitucionales que —se pensaba— sólo contenían un mero *programa político* cuyo desarrollo dejaban a la entera discreción del legislador y que, por lo tanto, a éste en nada lo obligaba en realidad; de lo anterior no resulta extraño que la Constitución francesa de 1791 estableciera una gran preeminencia a favor del poder legislativo.²⁹⁵

Esta “degradación de la idea constitucional” de debió al principio monárquico de la tradición política europea; en razón de la idea de la que deriva dicho principio, en el sentido de que el poder político (especialmente el real) es de carácter preconstitucional²⁹⁶ y que la Constitución no es más que una *mera limitación posterior* y no su fuente,²⁹⁷ fue fácil limitar el papel de la Constitución a un ideario político sin fuerza normativa ni exigibilidad jurídica.²⁹⁸ Por la influencia que el pensamiento de la revolución francesa tuvo en Europa continental, en ella se acogió —específicamente en España por lo que nos interesa— la idea de que la Constitución no es más que un conjunto de postulados políticos, de cumplimiento facultativo para el legislador.²⁹⁹

Hay que admitir que además de la anterior concepción constitucional, mucho tuvo que ver la técnicamente inconveniente redacción de los textos constitucionales —debida por supuesto a la inexperiencia—, en la inaplicabilidad de sus preceptos. Ejemplo de ello es el artículo 6o. de la Constitución de Cádiz de 1812 que disponía lo siguiente: “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”,³⁰⁰ que constituye en realidad un “añadido moral, catequético”, de los muchos que infestaban las primeras Constituciones y que cumplían mejor la función de un ideario retórico que la de disposiciones llamadas a regular efectivamente la vida social.³⁰¹

²⁹⁴ Cfr. Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 76, p. 48.

²⁹⁵ Cfr. Fioravanti, *op. cit.*, nota 68, pp. 114-115; Zagrebelsky, *loc. cit.*, nota 79; y Mora-Donatto, *op. cit.*, nota 277, pp. 12-14. También Sieyès consideraba materialmente la Constitución y aun la consideraba con menor importancia a las leyes ordinarias, simplemente organizando el ejercicio del poder, *cfr. op. cit.*, nota 91, pp. 108-109.

²⁹⁶ Tal como estimaba Sieyès, de cuyas ideas en este contexto francés también podemos desprender que, si la nación era la autoridad constituyente y se hallaba representada por la asamblea legislativa cuya obra era “expresión de la voluntad general”, poca fuerza normativa se podría reconocer en la Constitución que pretendía limitar en su poder. *Cfr. idem.*

²⁹⁷ Derivar el carácter jurídico de la Constitución del hecho de que “defin[a] el sistema de fuentes formales del Derecho” nos parece una idea contemporánea que no fue acogida, al menos en principio, por la tradición europea; como dijimos, aun la Constitución francesa de 1791 organizaba la función legislativa pero ello no fue óbice para que la ley tuviera mayor valor normativo que dicha “ley fundamental”. *Cfr. García de Enterría, op. cit.*, nota 283, p. 49.

²⁹⁸ *Cfr. ibidem*, pp. 55-56. Véase también Zagrebelsky, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 68.

²⁹⁹ *Cfr. García de Enterría, op. cit.*, nota 283, p. 56; y García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, pp. 98-103. En Alemania, participando de esta concepción, los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar se consideraban “sólo líneas directrices para la legislación en lo futuro”, que carecían de “validez actual y aplicabilidad”; Starck, *op. cit.*, nota 10, p. 190, n. 3.

³⁰⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, 22a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 61.

³⁰¹ *Cfr. Lucas Verdú, Pablo, Teoría general de las articulaciones constitucionales*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 52-53. Sobre las “normas constitucionales desprovistas de juridicidad” véase Bidart Campos, *op. cit.*, nota 200, pp. 298-301.

Así se formaron dos tradiciones que percibían diversamente el fenómeno constitucional: la norteamericana y la europea continental que, sin embargo, en la actualidad parecen acercarse al menos por el reconocimiento de temas comunes a ellas y la obtención de respuestas muy similares.³⁰² Aunque fragmentariamente por regiones geográficas, en diversos países especialmente de Europa continental y Latinoamérica, se desarrolla un derecho constitucional sobre bases comunes que aprovechan la experiencia de cada uno de ellos, no sólo aquellos de su región o su tradición constitucional sino también ajenos a ella, especialmente la norteamericana que es fundamental para el constitucionalismo.

Estas bases teóricas y la interacción entre los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos —de carácter fundamental, al cabo—, nos hace pensar en la gestación a nivel global de un *jus constitutionale commune* del siglo XXI, un contemporáneo “fondo común de ideas jurídicas [constitucionales]”,³⁰³ y en un desarrollo del derecho público que elimine el pensamiento de que esta rama jurídica es apenas incipiente, al menos en comparación con otras de milenario desarrollo como la civil, como dificultad de la interpretación constitucional.³⁰⁴

C. Control constitucional: juridicidad y supremacía de la ley fundamental

La implantación de las Constituciones que dispusieron normativamente de una manera u otra cómo habrán de conformarse para su validez las leyes y demás elementos jurídicos, ciertamente implicó un gran avance respecto de la posición cabalmente iusnaturalista de ordenar éstas según etéreas normas supralegales cuyo contenido, en última instancia, se determinaba desde el plano exclusivamente moral. Ello tuvo especial trascendencia en aquellos sistemas jurídicos europeos de tradición legislativa positivista que dieron carácter soberano a la ley, por la concreción de la *higher law* a que el derecho ordinario debía someterse y por otra parte, quizá de un modo más importante, mediante su inclusión en el derecho positivo que permitió que desde el seno del ordenamiento jurídico pudiera establecerse un “deber ser constitucional” que, formando parte del mismo, condicionara la inclusión de otros elementos a dicho sistema; con esta positivación constitucional, no sólo se admitió la crítica de las normas jurídicas ordinarias —antes impensable— sino también se hizo exigible por la necesidad estructural del ordenamiento de ajustarse a dichas normas fundamentales, paradójicamente porque la misma estructura ideológica jurídica que imponía

³⁰² Véase Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, *passim*.

³⁰³ Véanse Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” (trad. de Alfonso García Figueroa), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 31; Häberle, Peter, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 37-53; *idem*, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 33, 45-48 y 80-83; Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 333 y 339, n. 33 (refiriendo la “teoría de la interconstitucionalidad” de Paulo Rangel); y, sobre el *jus commune* medieval que inspira nuestra idea, Margadant, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 147.

³⁰⁴ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1982, t. XVI, p. 482.

absoluto respeto a la ley, sometía a ésta a la observancia de normas de la misma calidad pero superiores a ella.³⁰⁵

Pero como demostró la experiencia francesa antes reseñada, carece de todo significado el principio de supremacía constitucional³⁰⁶ acuñado en Norteamérica y que implica la prohibición a los poderes públicos constituidos de infringir las normas fundamentales, de carecerse de un procedimiento que impusiera el cumplimiento de éstas; la existencia de la posibilidad de controlar el cumplimiento de las disposiciones de la Constitución resulta incluso decisivo para el pleno carácter jurídico de ella.³⁰⁷ Por eso, aun en los Estados Unidos, no se pudo tener a la Constitución como plenamente eficaz sino luego de la implantación del control judicial de constitucionalidad a través de la resolución de *Marbury v. Madison* en 1803, que permitió no dejar a un ulterior desarrollo legislativo el cumplimiento de los mandatos y prohibiciones de la ley fundamental.³⁰⁸

La seguridad o certeza es un valor esencial del derecho y por ello las normas que prescribe deben contar con medios que impongan inexorablemente su observancia en caso de incumplimiento, pues su función primordial y lo que las caracteriza como “derecho” es inducir su respeto, aun coactivamente, pues “[s]in seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”.³⁰⁹ Lo anterior nos lleva a afirmar que la existencia de procedimientos jurídicos (de la índole que se quiera) que aseguren la eficacia de la norma constitucional, impidiendo o reparando las infracciones a la Constitución, determina el carácter normativo de ésta,³¹⁰ pues de no tenerse tales mecanismos, la ley fundamental se reduce a un simple catálogo de buenas intenciones.

Lo anterior, no quiere decir que, sin procedimientos de control de constitucionalidad, la ley fundamental carezca de validez,³¹¹ es decir que no sea fuente jurídica en una de las acepciones en que este concepto puede entenderse; sino que no lo será en otra de ellas según la misma clasificación, al no ser apta para sobreponerse a aquellas normas jurídicas que la contravienen a pesar de deber conformarse a ella, la contravienen.³¹² En palabras del profesor Hesse: “La Constitución se compone de normas. Éstas comprenden *exigencias para la conducta humana*

³⁰⁵ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 74, p. 26.

³⁰⁶ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 364-365.

³⁰⁷ Cfr. Favoreu, Louis, “L’apport du Conseil constitutionnel au Droit public”, *Pouvoirs*, núm. 13, junio de 1980, citado en García de Enterría, *op. cit.*, nota 283, pp. 31-32.

³⁰⁸ Cfr. *Supra*, nota 291; e *infra*, cap. cuarto, § I.1.

³⁰⁹ Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 15, p. 224.

³¹⁰ “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. [...] equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”, Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 95. Cfr. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 200, pp. 28-32; y Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, ed. de Zenon Bańkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 51-52; y STC 15/1981, F.J. 8.

³¹¹ Sin definir la compleja discusión teórica de si una Constitución carente de una garantía procedimental tiene o no calidad “jurídica”, puede consensarse una posición mínima: “...un orden jurídico que no posea un medio de control de la regularidad constitucional es precario, pues *es imperfecta una Constitución que no establezca procedimientos mediante los cuales se pueda controlar que la actuación de los poderes, entidades u órganos sea constitucionalmente válida*, es decir, que sirvan para verificar que los órganos constituidos circunscriben su actuación a los límites que la propia Carta Magna impone a sus facultades” (Pleno, controversia constitucional 82/2001 [voto de minoría de los ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Silva Meza], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, pp. 727 ss; cursivas añadidas).

³¹² Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 52, pp. 38-39.

[...]; se mantienen como letra muerta y no tienen efecto alguno, si el contenido de tales exigencias no se introduce en la conducta humana”.³¹³

2. *El bloque de constitucionalidad*

A. *Origen y desarrollo en Francia*

El llamado “bloque de constitucionalidad” alude “a los ‘principios y reglas de valor constitucional’ para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”.³¹⁴ La paternidad del término que designa este concepto se debe a Claude Émeri, aunque se le atribuye generalmente a Louis Favoreu quien en realidad es su principal divulgador.³¹⁵

El reconocimiento de un bloque de constitucionalidad y la nómina de elementos que lo integran, es de suma trascendencia para la interpretación constitucional y el papel de los tribunales constitucionales; si normas jurídicas ajenas —pero asimilables— a la Constitución formal tienen la misma jerarquía normativa que ella, al dar significado a esta última bajo un criterio sistemático habrá de considerarse a aquéllas en alguna medida, y con ello se darían mayores alcances a las atribuciones de la jurisdicción constitucional para calificar la inconstitucionalidad de actos de los poderes constituidos.³¹⁶ Prueba de lo anterior es la relación que se ha encontrado entre la labor del Consejo Constitucional francés y el mencionado bloque: el alcance del control de la conformidad de un acto a la Constitución depende de “lo que se entienda exactamente por Constitución” y, al tener la posibilidad de definir los elementos con valor constitucional con un margen amplio de discrecionalidad y determinar bajo su luz si una ley es o no contraria a ellos, dicho órgano ha corrido el riesgo de convertirse en un “superparlamento”.³¹⁷

Además, evocar la idea de este bloque cuya “solidez” es una de sus características, obligaría a una perspectiva más amplia y sutil al hablarse de la “unidad de la Constitución” como tópico hermenéutico, debiéndose superar la noción meramente formal o documental de la ley fundamental para considerar como una “Constitución sustancial”³¹⁸ aparte de las disposiciones de esta última en sentido documental, a todo un “conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados”, entre cuyos

³¹³ Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 16 (cursivas añadidas).

³¹⁴ Favoreu, Louis, “Ponencia francesa” (trad. de Emilio Calderón Martín), *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de derecho constitucional)*, Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, p. 19.

³¹⁵ Cfr. Carcassonne, Guy, comentario al artículo 61, *La Constitution*, 6a. ed., París, Éditions du Seuil, 2004, p. 279; y Roussillon, Henry, *Le Conseil Constitutionnel*, 4a. ed., París, Dalloz, 2001, p. 53.

³¹⁶ Cfr. Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 88; *idem* y Loïc Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978, pp. 86-87; y Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, p. 81. “Esta extensión de la noción misma de Constitución y su indefinición hacen que en Francia el problema de la interpretación de la Constitución [...] resulte desplazado y empequeñecido por el problema de la *determinación de la norma constitucional* aplicable en el juicio de constitucionalidad”, Rubio Llorente, Francisco, “Ponencia española”, *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de derecho constitucional)*, Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, pp. 108-109 (cursivas añadidas).

³¹⁸ Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 111.

elementos no existe una jerarquía predeterminada —lo cual, ciertamente, admite muchas precisiones—.³¹⁹

El *bloc de constitutionnalité* surge en Francia por la necesidad de ampliar los derechos fundamentales que la Constitución de la Vª República (1958) consideraba exigüamente, al igual que para controlar el ejercicio de los poderes públicos cuyos principios esenciales se encontraban en gran número en las leyes orgánicas y no en el texto constitucional.³²⁰ Tuvo un importante antecedente en el *bloc de legalité* (traducido normalmente como “bloque legal”) que usó Maurice Hauriou para identificar el conjunto de normas y principios jurídicos que debe aplicar el Consejo de Estado al impartir justicia administrativa.³²¹

En 1959 el Consejo Constitucional francés inició con claridad su tendencia “a concebir de manera extensiva la noción de Constitución y de manera estricta la de conformidad [a ella]”, en ocasión de estudiar el reglamento de la Asamblea Nacional en la cual determinó la inconstitucionalidad del artículo 79 de ese cuerpo normativo por contravenir una ordenanza con carácter de *ley orgánica*, derivada de los artículos 25 y 92 (hoy derogado) de la Constitución francesa.³²² Más atrevida fue la resolución del 11 de agosto de 1960, en la cual estimó inconstitucionales los artículos 17 y 18 de la Ley de Finanzas Rectificativa para 1960, por ser contraria a la ordenanza del 2 de enero de 1959, establecida por el Ejecutivo pero con carácter de ley orgánica según el artículo 34 de la Constitución.³²³ Posteriormente, en 1966, el Consejo Constitucional afirmó este criterio al sostener que “la conformidad de los reglamentos de las asambleas parlamentarias a la Constitución, debe apreciarse tanto en vista de la Constitución misma como de las leyes orgánicas previstas por ella y de las medidas legislativas necesarias a la instalación (*mise en place*) de las instituciones”.³²⁴

Pero no fue sino hasta la decisión 71-44 DC del 16 de julio de 1971 que el *bloc de constitutionnalité* tomó un irrefrenable impulso, por lo cual se considera a esta resolución la “fundadora” de su empleo jurisprudencial por el Consejo Constitucional francés.³²⁵ No obstante que esta decisión no fue la primera en la cual se dio una concepción extensiva de la Constitución y tampoco inauguró en Francia el control material o de fondo de la constitucionalidad de leyes; su importancia radica en que operó una transformación *cuantitativa y cualitativa* en la conformación del bloque de constitucionalidad.³²⁶ Al reconocer carácter jurídico al preámbulo de la Constitución francesa, esa decisión resolvió definitivamente la discusión doctrinal largamente sostenida al respecto y, aunque tampoco fue

³¹⁹ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 314, pp. 20, 39 y 42 (cursivas suprimidas en el texto transcrito); y Hoyos, *op. cit.*, nota 317, p. 98.

³²⁰ Los derechos fundamentales se contienen apenas implícita o sucintamente en los artículos 1o. (igualdad ante la ley y libertad de conciencia), 3o. (derecho de sufragio e igualdad de género), 4o. (libertad de asociación política) y 64 (imparcialidad judicial), 66 (prohibición de detenciones arbitrarias) y 72 (protección a libertades públicas y derechos constitucionales garantizados), del cuerpo de la Constitución de la República Francesa. Cfr. Carcassonne, *op. cit.*, nota 315, pp. 278-279; Roussillon, *op. cit.*, nota 315, p. 55; y Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 317, p. 109, n. 35.

³²¹ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 314, p. 20; y Hoyos, Arturo, “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. III, pp. 2803-2804.

³²² 59-2 DC de 17, 18 y 24 de junio de 1959. Cfr. Favoreu, Louis, y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., Paris, Dalloz, 2003, pp. 38-39.

³²³ Cfr. 60-8 DC, considerando tercero; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 322, p. 83.

³²⁴ 66-28 DC del 8 de julio de 1966, considerando segundo.

³²⁵ Cfr. Hoyos, *op. cit.*, nota 321, p. 2803; y Roussillon, *op. cit.*, nota 315, p. 56.

³²⁶ Cfr. Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 322, pp. 249-250.

la primera en otorgar valor jurídico al preámbulo constitucional, sí lo fue en dárselo para fincar sobre él la inconstitucionalidad de una ley.³²⁷

La trascendencia de lo anterior se explica al expresar el preámbulo de la Constitución francesa de 1958, en su primer párrafo, que “[e]l pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional según se definieron por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946”. Y a su vez éste, igualmente en su primer párrafo, reafirmó la misma histórica Declaración de 1789 y “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, concepto este último que ha sido objeto de una amplia interpretación.

Al conceder valor jurídico al preámbulo de 1958, el Consejo Constitucional automáticamente se lo otorgó a la Declaración de Derechos de 1789, al preámbulo constitucional de 1946 y a los mencionados principios fundamentales de las leyes de la República, lo que extendió en gran *cantidad* el número de estándares calificativos de la constitucionalidad en Francia, y también en *calidad* porque en adelante los *derechos fundamentales* contenidos en los catálogos de 1789 y 1946 podrían invocarse como criterio de constitucionalidad, tornando al Consejo Constitucional en un auténtico protector de los mismos.³²⁸ El Consejo Constitucional francés no se ha referido por su nombre al bloque de constitucionalidad, sino preferiere aplicar lisa y llanamente las fuentes que lo componen o, cuando mucho, referirse a los “principios y reglas de valor constitucional que se imponen a todos los órganos del Estado”,³²⁹ por lo cual se estima que en Francia la noción del bloque de constitucionalidad es de origen doctrinal más que jurisprudencial, además de los claros orígenes que tuvo en la doctrina administrativista de Hauriou.³³⁰

En los últimos tiempos se ha propuesto abandonar el uso de la expresión “bloque de constitucionalidad” a favor del término “Constitución” a secas, nada más que considerando a ésta como integrada por otros elementos adicionales a la Constitución formal en sentido estricto —o sea el (los) documento(s) jurídico(s) que así se identifique(n)—. No deja de ser irónico que el principal promotor de esta moción sea el propio decano Favoreu, quien incluso distribuyó entre sus estudiantes un texto de la Constitución francesa que integra todos los elementos del *bloc* en 135 artículos y que así “materializa esta unidad del conjunto constitucional”.³³¹

B. Elementos integrantes

En general, el bloque de constitucionalidad puede integrarse por los elementos más diversos; dependiendo de las necesidades de sus respectivos ordenamientos, algunos países lo formarán con elementos que otros rechazarán o al menos no admitirán sin controversia. En Francia, por ejemplo, se distinguen elementos controvertidos e incontrovertidos del *bloc de constitutionnalité*; entre los últimos figuran la Constitución, la Declaración de Derechos de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 (que incluye los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, que Favoreu califica de “marginales”); los

³²⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 246-248.

³²⁸ Cfr. *ibidem*, p. 251; Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 317, p. 124; y Roussillon, *op. cit.*, nota 315, p. 51. La 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973 es la primera decisión en la cual el Consejo Constitucional francés usó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parámetro de constitucionalidad de una ley; Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 322, pp. 290-291.

³²⁹ 82-132 DC del 16 de enero de 1982, con. decimoctavo.

³³⁰ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 314, pp. 20-21; y Hoyos, *op. cit.*, nota 321, p. 2804.

³³¹ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 314, pp. 41-42; y Roussillon, *op. cit.*, nota 315, p. 54.

controvertidos son las leyes orgánicas y los reglamentos interiores de la Asamblea Nacional y del Senado.³³² Ha habido intentos de caracterizar bajo diversos puntos de vista los elementos que forman el bloque de constitucionalidad, pero más bien han tratado de clasificarlos con referencia a una de sus especies nacionales; sin embargo, además de las peculiaridades domésticas, “el bloque de constitucionalidad se caracteriza por una notable capacidad de evolucionar y desarrollarse”,³³³ de modo que nos encontramos ante un concepto de gran dinamismo, lo cual era de esperarse considerando que su propia existencia se debe a la ruptura del tradicional modelo constitucional formal.

En términos generales puede decirse que dicho bloque lo forman aquellas *normas de valor fundamental para el ordenamiento jurídico*, como lo ha definido el decano Favoreu,³³⁴ de modo que no les bastaría tener una jerarquía superior a la ley para integrarse a ese conjunto. Lo característico del bloque de constitucional, por etéreo que parezca, es que sus elementos integrantes forman —en palabras de Hauriou³³⁵— “una especie de legitimidad constitucional” que sirve de “parámetro de control de constitucionalidad” como “canon interpretativo y aplicativo”, que lejos de menoscabar la fuerza normativa de la Constitución la apoya y aumenta porque sus elementos han de reflejar un “conjunto axiológico que se albergaría en los silencios e implícitudes del texto documental de la constitución”, y los cuales sólo pueden formar parte del *bloc* bajo las condiciones de que no sean contrarios a la ley fundamental y especialmente sirvan de “complemento congruente” a ella, nutriéndola y “vertebran[do] su fuerza normativa”.³³⁶

Entre algunos elementos que *pueden* formar parte del bloque de constitucionalidad, pueden contarse:³³⁷ 1) obviamente la Constitución en sentido estricto y los principios y normas que derivan de ella; 2) la jurisprudencia constitucional en tanto sus decisiones sean “declarativas” de ciertas normas constitucionales más determinadas, como expresa la Suprema Corte norteamericana al señalar que sus interpretaciones son “normas (*rules*) constitucionales”,³³⁸ 3) los tratados internacionales sobre derechos humanos, indudablemente si la misma Constitución les da su mismo rango;³³⁹ 4) la costumbre constitucional,³⁴⁰ y 5) algunas normas derivadas de las leyes orgánicas parlamentarias.

Se distingue asimismo entre el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*.³⁴¹ En el primero incluiríamos aquellas normas y principios jurídicos a los que formalmente se ha

³³² Cfr. *ibidem*, pp. 55-67; y Favoreu, *op. cit.*, nota 314, p. 25.

³³³ *Idem*.

³³⁴ *Supra*, nota 314.

³³⁵ *Principios de derecho público y constitucional*, p. 325 y 327.

³³⁶ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 200, pp. 264-267 y 399-401. Con ello se da respuesta a una importante objeción al bloque de constitucionalidad: que promueve una indebida interpretación de la Constitución conforme a elementos que le deben estar supeditados, dejando a los autores de éstos determinar los alcances del texto de la ley fundamental (Aparicio, Miguel A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 157).

³³⁷ Véase Hoyos, *op. cit.*, nota 317, pp. 88-106.

³³⁸ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) (refiriéndose al famoso caso *Miranda* [384 U.S. 436 {1966}]); *Milton v. South Carolina Public Railways Commission*, 502 U.S. 197, 204 (1991); y *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749, 764 (1985) (C.J. Burger, concurrente).

³³⁹ Cfr. Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, p. 67.

³⁴⁰ Véanse Orozco Henríquez, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 95-96; y *Provident Institution v. Massachusetts*, 73 U.S. (6 Wallace) 611, 626 (1868).

³⁴¹ Cfr. Ramelli, Alejandro, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y ‘bloque de constitucionalidad’ en Colombia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*,

otorgado valor constitucional, ya sea porque se les denomine con ese calificativo, por su integración al texto constitucional o porque éste ordene expresamente que así se consideren, como sucede en algunos casos con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al segundo pertenecerían aquellos elementos que, si bien formalmente no se consideran de valor constitucional como los anteriores, por su carácter *fundamental*³⁴² para el ordenamiento se les coloca en una posición equivalente a la Constitución formal.

Llama la atención que el Consejo Constitucional ha rechazado en principio la incorporación de tratados internacionales al bloque de constitucionalidad porque, aunque el artículo 55 de la Constitución francesa les otorga carácter supralegal, el artículo 61 que funda la competencia de ese órgano no habla de ellos, además de que tienen un “carácter a la vez contingente y relativo” limitado al ámbito de aplicación del tratado y subordinado a la reciprocidad de los demás sujetos de derecho internacional firmantes. Este criterio, contenido en la decisión 75-54 DC del 15 de enero de 1975 (primera relativa al aborto y en la que se planteó la violación del artículo 2o. de la Convención Europea de Derechos Humanos), ha sido objeto de crítica principalmente por su precaria argumentación para sostener la incompetencia del Consejo para conocer de violaciones a tratados internacionales y, particularmente, porque las razones de dicha decisión no son aplicables a la mencionada Convención por su naturaleza multilateral y su materia.³⁴³ No obstante, el Consejo Constitucional atenuó su posición respecto de los tratados internacionales en vista del proceso de integración europea.³⁴⁴

Aunque pudieran existir oposiciones entre los elementos integrantes del bloque de constitucionalidad, lo cual no sería nada extraño pues hasta en un mismo documento normativo pueden haberlas, debe tenerse presente que el *bloc* tiende a ser un conjunto homogéneo de normas con un *mismo* valor constitucional —a “soldarse”, en la expresión de Favoreu—, como afirmó el Consejo Constitucional en su decisión relativa a las nacionalizaciones en la que sostuvo que la Declaración de 1789 tiene pleno valor constitucional, y que los principios sociales y económicos postulados por el Preámbulo de 1946 venían a completarla, no a anularla, articulando de tal guisa el conflicto siempre presente entre derechos humanos de primera y segunda generaciones.³⁴⁵

C. Adopción en Europa y Latinoamérica

En España se ha querido ver un “bloque de constitucionalidad” por lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el sentido de que este órgano calificará la constitucionalidad de un acto también por su conformidad con las leyes que establezcan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Aunque con una delimitación confusa, en España se ha usado el concepto del bloque de constitucionalidad para dar relevancia a los estatutos que organizan y delimitan las facultades de las Comunidades Autónomas, por la heterogénea composición nacional hispánica que es un tema de suma

México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 163. Este autor identifica al bloque de constitucionalidad en sentido amplio con las “disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no gocen de rango constitucional”, opinión con la que discrepamos en los términos que seguirán, y en sentido estricto a “aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la carta”.

³⁴² Cfr. *supra*, nota 52.

³⁴³ Cfr. Roussillon, *op. cit.*, nota 315, pp. 68-69; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 322, pp. 311-316.

³⁴⁴ *Infra*, cap. tercero, §§ IV.2 y VII.

³⁴⁵ Decisión 82-132 del 16 de enero de 1982, con. XV. Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 314, pp. 38-41; Roussillon, *op. cit.*, nota 315, p. 58; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 322, pp. 478-480.

importancia en ese país; pero únicamente a esta clase de normas.³⁴⁶ El Tribunal Constitucional español utilizó por primera vez la expresión en la sentencia 10/1982³⁴⁷ y la ha empleado reiteradamente hasta tiempos recientes, igualmente con base en el artículo 28 de la mencionada ley orgánica.³⁴⁸

Italia también ha adoptado la idea del bloque de constitucionalidad y se habla en ese país de “normas interpuestas” entre la Constitución y las leyes ordinarias, que sirven de parámetro de constitucionalidad. Se incluyen en el bloque italiano prescripciones a las normas de derecho internacional, las que regulan la integración europea y leyes sobre las relaciones del Estado con religiones diferentes a la católica, entre las que más llaman la atención.³⁴⁹

Es sorprendente que en América Latina el bloque de constitucionalidad tenga un éxito creciente por la adhesión académica y judicial a él. El magistrado Arturo Hoyos —quizá el más entusiasta divulgador del *bloc* en esta parte del mundo— relata las experiencias costarricense y panameña que conoce de cerca por integrar su Corte Suprema, y expone el benéfico efecto que el ensanchamiento de los parámetros de constitucionalidad ha tenido para la democracia en esos países, especialmente en el suyo luego de una dictadura militar, poniendo en relieve los diversos elementos que los requerimientos de tales países han incluido en el conjunto constitucional como: la jurisprudencia y la costumbre constitucionales.³⁵⁰ No es de menor importancia a los anteriores el caso de Colombia, donde gracias a la noción del bloque de constitucionalidad se racionalizó la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno, como señaló la Corte Constitucional de ese país en su sentencia del 18 de mayo de 1995 (C-225/95).³⁵¹

Como se observa, los países que han adoptado el bloque de constitucionalidad lo han configurado de acuerdo con sus necesidades particulares, justo como acontece con el texto de la Constitución formal en el cual se incluyen las disposiciones que cada soberanía considera “importantes”. Para un acercamiento a este concepto, no es relevante la coincidencia entre sus elementos, ni sería adecuado construirlo por “imitaciones extralógicas” de la experiencia de otros países, sino que dichos elementos sean verdaderamente *fundamentales* para el ordenamiento en cuestión, lo que sea que esto signifique en su contexto histórico. Aún quedan cuestiones trascendentes por resolver sobre el *bloc de constitutionnalité*: una (re)definición de la “fundamentalidad” de las normas que lo forman, su distinción de la mera supralegalidad y, particularmente, su influencia en la práctica jurídica de cada ordenamiento; temas de suma importancia e interés pero que exceden nuestro objeto actual de estudio.

³⁴⁶ Cfr. Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 317, pp. 98-99; Aparicio, *op. cit.*, nota 336, pp. 156-157; y Hoyos, *op. cit.*, nota 321, p. 2806. En España se utiliza preferentemente la expresión “bloque de la constitucionalidad”.

³⁴⁷ F.J. 2. En esta resolución se caracterizó el “bloque de constitucionalidad” sin mayor precisión —lo cual critica el profesor Rubio Llorente— como el conjunto normativo que “ha[bría] de servir de base para enjuiciar la Ley impugnada” y que incluía el artículo 149.1.27 de la Constitución española, en un caso relativo a la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre regulación de radio y televisión. Cfr. *op. cit.*, nota 317, pp. 97 y 110 y ss.

³⁴⁸ STC 159/2001, F.J. 4. En esta resolución nuevamente se identificó como “bloque de la constitucionalidad” al conjunto normativo a que alude el artículo 28.1 de la Constitución española, incluyendo en él la Ley de Bases del Régimen Local “por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 CE [relativo a la autonomía municipal]”, de acuerdo con el criterio que antes sostuvo el mismo Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico segundo de la sentencia 259/1988, en el sentido de que los estatutos municipales tienen una “singular y específica naturaleza y posición [...] en el ordenamiento jurídico” porque “tienden a asegurar un nivel mínimo a todas las Corporaciones locales en todo el territorio nacional, sea cual fuere la Comunidad Autónoma en que estén localizadas”.

³⁴⁹ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 200, p. 400; y Hoyos, *op. cit.*, nota 321, pp. 2806-2807.

³⁵⁰ Véase *ibidem*, pp. 2809 y ss.

³⁵¹ Cfr. Ramelli, *op. cit.*, nota 341, p. 158.

IV. ESTRUCTURA DE LOS ENUNCIADOS CONSTITUCIONALES

1. *La indeterminación constitucional*A. *Apertura lingüística de la Constitución*

Luego de afirmar que el sentido literal del texto es uno de los puntos iniciales de la interpretación, Larenz acierta al poner de manifiesto que “[l]a flexibilidad, la riqueza de matices y la capacidad de adaptación del lenguaje general es, a la vez, su punto fuerte y su punto débil”.³⁵² Gracias a tales cualidades la interpretación de la letra del mensaje legislativo puede acomodarse para regular diversas hipótesis incluso imprevistas por su autor,³⁵³ pero tomando con ello un mayor o menor grado de indeterminación que dificulta esa misma labor y ocasiona discrepancia sobre su corrección.

Los problemas lingüísticos relacionados con la interpretación, admitidos en general —se pueden señalar especies de los dos primeros—, son: la *ambigüedad*, la *vaguedad* y la *textura abierta* del lenguaje. La ambigüedad se refiere a la diversidad de sentidos (acepciones) de un término, por la cual puede aludir con una misma voz a diferentes conceptos u objetos, en cuyo caso es el contexto en que operan quien puede determinar su significado —por difícil que pueda ser en ocasiones establecerlo—; la vaguedad apunta al problema que se suscita cuando, establecido unívocamente el sentido de un término, no es fácil establecer su aplicabilidad a un objeto específico —tal es el caso de los “conceptos jurídicos indeterminados” que analizaremos abajo, “vacíos” de contenido—; y, finalmente, la “textura abierta” —que en el derecho siempre da lugar a un cierto margen de discreción del intérprete³⁵⁴— designa a la irreductible vaguedad que naturalmente tiene todo elemento lingüístico.³⁵⁵

Si bien la “textura abierta” es característica de todo lenguaje y, además, en las prescripciones jurídicas no es extraño encontrar conceptos ambiguos y vagos,³⁵⁶ el número de éstos es mucho mayor en los textos fundamentales y ello necesariamente complica su interpretación.³⁵⁷ Pero la indeterminación es la característica esencial de una Constitución, al ser indispensable para la realización de sus fines de generalísima dirección política; así se ha comprendido desde tiempos de la Corte Marshall:

De contener un detalle preciso [...], una Constitución compartiría la prolijidad de un código legal y sería difícilmente comprendida por la mente humana. Probablemente nunca sería entendida por el público. Su naturaleza, por lo tanto, requiere que sólo deban marcarse sus líneas generales y proponerse sus objetos importantes, y que los ingredientes menores de éstos se deduzcan de su propia naturaleza. [...] Entonces, considerando esta cuestión, debemos nunca olvidar que es *una*

³⁵² *Op. cit.*, nota 150, pp. 316-317. Véase *supra*, cap. primero, notas 146 y 165.

³⁵³ *Cfr.* Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 159-163; Capella, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 247; y Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, p. 668.

³⁵⁴ *Cfr.* Hart, *op. cit.*, nota 353, p. 168.

³⁵⁵ Véase *supra*, cap. primero, § IV.2.A.

³⁵⁶ *Cfr. supra*, nota 353; y Moreso, *op. cit.*, nota 108, pp. 108-109.

³⁵⁷ A ello se suma la sucinta redacción de algunas disposiciones constitucionales que, aun cuando no utilizan conceptos vagos o ambiguos, no basta para darles un sentido unívoco; podríamos hablar de su “sintaxis abierta”. Un ejemplo es el caso del art. 22 de la Ley Fundamental alemana que únicamente dice: “La bandera federal es negra-roja-dorada”, con lo que “una vez apartado el uso en los hechos (*tatsächlich*) del ‘amarillo’ frente al ‘dorado’ literal, el texto deja poco margen en relación a los colores”, pero sin establecer unívocamente por sí solo el orden, tamaño y forma de sus campos (Walter, *op. cit.*, nota 108, p. 541).

Constitución lo que estamos explicando (*we must never forget that it is a Constitution we are expounding*).³⁵⁸

Si de acuerdo con Kelsen esta indeterminación hace de un cierto eslabón de la cadena de producción jurídica, un “marco” dentro del cual pueden darse diversas posibilidades en su aplicación sucesiva —y consiguiente determinación—,³⁵⁹ al pretender regir y encauzar *toda* producción jurídica posterior a ella, la Constitución tiene que expresarse justamente en un lenguaje impreciso y constituir así un “gran marco” jurídico³⁶⁰ de modo que se pueda calificar la conformidad a las normas que contiene, de *todos* los demás integrantes del ordenamiento jurídico, gradualmente más específicos.³⁶¹

E incluso la propia utilidad de la Constitución como norma jurídica fundamental y orientadora de la vida social, se encuentra en juego por el lenguaje en que se formulan sus disposiciones y la flexibilidad interpretativa que permitan.³⁶² Al contener los principios más esenciales de la organización política de la sociedad³⁶³ y estar dotados de cierta rigidez por las dificultades que presente la reforma de la Constitución, es evidente que ésta busca una *mayor permanencia* de sus prescripciones que la ley ordinaria.³⁶⁴

La expresión en un lenguaje flexible, que asegure la vigencia de los conceptos que utiliza sin importar que se apliquen a situaciones que no fueron —o no pudieron ser— previstas por su autor, es un elemento que asegura la permanencia del contenido constitucional,³⁶⁵ lo que hace decir que la Constitución “pasa incluso por felizmente lograda si se formula sucinta y vagamente” para que puedan desarrollarse sus disposiciones por medio de la interpretación legislativa y jurisdiccional, e indefinidamente continúen orientando jurídicamente la vida de la sociedad.³⁶⁶ En un ambiente de pluralismo político y social, una Constitución requiere de suficiente amplitud y flexibilidad para ser “abierta” e incluyente, y resolver los problemas que plantean los cambios históricos y las transformaciones de las relaciones humanas en el seno de la colectividad.³⁶⁷

³⁵⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 407 (1819) (cursivas en el original).

³⁵⁹ *Op. cit.*, nota 6, pp. 351-352.

³⁶⁰ Véase *supra*, § II.2.C.b.

³⁶¹ “Sin embargo es fundamental y absolutamente inevitable la existencia de una cierta indeterminación semántica en el derecho, si las prescripciones jurídicas deben ser lo suficientemente flexibles para que puedan aplicarse a múltiples circunstancias fácticas (*Sachverhalte*)”, Koller, Peter, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2a. ed., Viena/Colonia/Weimar, Böhlau, 1997, p. 210.

³⁶² *Cfr.* Iser, Wolfgang, *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, FCE, 2005, pp. 54-55.

³⁶³ *Supra*, nota 342.

³⁶⁴ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819); *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 387 (1821); y *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910).

³⁶⁵ *Cfr.* Linares Quintana, *loc. cit.*, nota 304.

³⁶⁶ *Cfr.* Limbach, *op. cit.*, nota 201, p. 32; y Mendonca y Guibourg, *op. cit.*, nota 284, p. 91. Tal es ejemplarmente el caso de la Constitución española de 1978, cuya indeterminación se dio “en aras de la conformidad unitaria de las distintas fuerzas políticas que habían intervenido en su redacción”; véanse Aparicio, *op. cit.*, nota 336, pp. 50-51, y *supra*, nota 228.

³⁶⁷ *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 52, pp. 11 y 15; Starck, *op. cit.*, nota 10, p. 191; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, pp. 13-18.

B. Conceptos “abiertos” constitucionales

a. Conceptos jurídicos indeterminados

Aunque no todas las disposiciones constitucionales están formuladas en un lenguaje impreciso ni su empleo es exclusivo de la Constitución, sí es llamativo el número notablemente superior de conceptos con significado indefinido en las normas fundamentales.³⁶⁸ El estudio de esta clase de conceptos ha sido profundo en la doctrina publicista alemana, que ha querido distinguir entre las implicaciones de las “facultades discrecionales” de la administración pública y las de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriff*)”.³⁶⁹

De acuerdo con la teoría imperante, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados difiere del ejercicio discrecional del operador jurídico. En este último existe una “libertad de elección” entre diversas opciones de aplicación del derecho, porque la ley —la Constitución, el reglamento o el elemento que determine en un grado anterior la aplicación jurídica actual— no establece previamente un parámetro de calificación precisamente aplicable, teniendo por ello el operador una variedad de posibilidades de acción que son jurídicamente *indiferentes*, y adquiriendo entonces su elección un carácter volitivo.³⁷⁰

Lo característico de los conceptos jurídicos indeterminados, por el otro lado, es que establecen con antelación una medida que debe alcanzar el operador jurídico —una “pauta que precisa ser llenada de contenido”, según la expresión de Larenz³⁷¹—, aunque su total determinación se realice al aplicarse en el caso concreto y en vista de sus particulares circunstancias.³⁷² La satisfacción de dicha medida no admite una pluralidad de soluciones, sino *sólo una* que vincula categóricamente al operador: se cumple o no el parámetro impuesto, y de este modo su aplicación es jurídicamente calificable, así que resulta una cuestión cognitiva establecer si a un hecho se aplica o no el concepto jurídico indeterminado.³⁷³

Un ejemplo clarificará esta distinción. Tomemos el segundo párrafo del artículo 8o. de la Constitución mexicana e imaginemos su redacción sin el adjetivo “breve”; de este modo la autoridad a la que se haga una solicitud podría responderla en el plazo de tres días, tres meses o tres años, sin que alguna de estas opciones sea calificada de “inconstitucional”, porque tal plazo sería indiferente para el cumplimiento de este precepto —considerándolo exclusivamente, al quedar a la *discreción* de la autoridad el tiempo que se tome en producir su

³⁶⁸ Por ejemplo (cursivas añadidas en todos los casos): “La dignidad humana es *intocable*” (art. 1.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) —¿Cuándo se “toca” a la dignidad humana en forma bastante para contravenir este precepto?—; “Los jueces [...] desempeñarán su cargo en tanto observen *buena conducta*...” (art. III, § 1, de la Constitución de los Estados Unidos de América) —¿será siempre claro calificar de “buen” o “mal” comportamiento un determinado acto?—; “La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España [...] será objeto de *especial* respeto y protección” (art. 3.3 CE) —¿Qué concretos cursos de acción implica o excluye el adjetivo “especial”?—; y “A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad [...] la cual tiene obligación de hacerlo conocer en *breve* término al peticionario” (art. 8o., segundo párrafo, de la Constitución mexicana) —¿“breve” significa en todo caso tres días, un mes o tres meses?—.

³⁶⁹ Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, p. 457.

³⁷⁰ Cfr. Ehmke, Horst, “‘Ermessen’ und ‘unbestimmter Rechtsbegriff’ im Verwaltungsrecht”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königsberg, Athenäum, 1981, p. 186; y García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, p. 458.

³⁷¹ *Op. cit.*, nota 150, p. 292.

³⁷² Según la doctrina tradicional sobre el tema, la precisión de los conceptos jurídicos “indeterminados” sólo se distingue cuantitativamente de la de los “determinados”, aumentando su grado en relación con los hechos concretos a los que se aplique. Cfr. Ehmke, *op. cit.*, nota 370, p. 190.

³⁷³ Cfr. *ibidem*, p. 186; y García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, pp. 457-458.

respuesta.³⁷⁴ Por el otro lado, la redacción actual de ese precepto y el parámetro de “brevedad” que impone normalmente haría que: 1) con certeza digamos que haber respondido una petición a los tres días de realizada, *sí* satisfizo dicha norma constitucional; 2) asimismo, que haber respondido tal petición luego de tres años, *no* es constitucionalmente aceptable; y 3) que dependiendo de la naturaleza concreta de la solicitud, lo que se apreciaría casuísticamente, *sea o no* satisfecha la exigencia constitucional respondiéndose dicha petición a los tres meses.³⁷⁵

Y con este mismo ejemplo ilustramos la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados que, de acuerdo con la doctrina alemana, tienen diversos ámbitos de certidumbre: 1) una zona nuclear de certeza positiva sobre la inclusión de un hecho en el concepto de que se trate (*Begriffskern*) —la respuesta dentro del transcurso de tres días mencionado en nuestro ejemplo—; 2) una zona de certeza negativa que incluye hechos que sin duda no satisfacen el concepto —igualmente, la respuesta otorgada luego de tres años—; y 3) una zona de incertidumbre (*Begriffshof*) o mejor dicho de “transición” (*Übergangsbereich*), el “halo del concepto”, en el que se dificulta establecer si el concepto corresponde o no a un hecho determinado y requiere un margen de apreciación del operador (*Beurteilungsspielraum*) —la respuesta dada a los tres meses de hecha la petición, que no sabemos en principio si se efectuó en un plazo “breve” o no—.³⁷⁶

Los conceptos jurídicos indeterminados generalmente implican una apreciación empírica o valorativa del operador jurídico.³⁷⁷ Con mayor detalle, pero sin querer ser concluyentes, puede esbozarse una tipología de ellos según el criterio con que se llene su contenido, resultando las siguientes categorías:³⁷⁸ 1) conceptos de descripción indeterminada o vagos *stricto sensu*, cuyo contenido y alcance simplemente no está delimitado con mucha precisión (“peligro”, “personalidad” y “capacidades diferentes”³⁷⁹); 2) conceptos valorativos, cuya indeterminación resulta de que en su aplicación sea necesaria la estimación —por lo general axiológica— de cosas o circunstancias (“alevosos”, “castigos crueles” y “justa retribución”³⁸⁰); 3) conceptos de pronóstico, que requieren la previsión de sucesos futuros y su apreciación empírica (“peligro inminente”, “medios pertinentes” y “medio ambiente adecuado”³⁸¹); y 4) conceptos

³⁷⁴ Para efectos de este ejemplo, consideremos aisladamente la disposición constitucional que mencionamos, sin tomar en cuenta otros criterios de constitucionalidad como los principios de razonabilidad o de seguridad jurídica, o los de legalidad como los plazos establecidos en la normatividad ordinaria aplicable. Asimismo, pensemos que nuestra hipotética solicitud no se refiere a una petición extraordinaria, sino a un trámite gubernamental “habitual” como la tramitación de una licencia administrativa.

³⁷⁵ La jurisprudencia mexicana ha sostenido que, si han pasado más de *cuatro meses* luego de la petición, puede afirmarse *con certeza* la violación del derecho fundamental relativo, aunque también afirma que pudo haberlo sido por transcurrir un plazo menor que, en nuestra opinión, debe ser establecido según las circunstancias del caso; *cfr.* “PETICIÓN. TÉRMINO PARA EMITIR EL ACUERDO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 82, p. 91.

³⁷⁶ *Cfr.* García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, p. 460; Koller, *op. cit.*, nota 361, pp. 207-208; y Hart, *op. cit.*, nota 353, p. 164.

³⁷⁷ *Cfr.* García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, p. 457. Sobre los juicios de experiencia y valoración, entre otros, véase Larenz, *op. cit.*, nota 150, pp. 277-289.

³⁷⁸ Koller, *op. cit.*, nota 361, pp. 207-209.

³⁷⁹ El primer ejemplo es de Koller; el segundo y el tercero se tomaron de los artículos 2.1 de la Ley Fundamental alemana y 1o., tercer párrafo, de la Constitución mexicana (hasta la reforma publicada el 4 de diciembre de 2006, que sustituyó ese inconveniente eufemismo por “discapacidades”), respectivamente.

³⁸⁰ El primer ejemplo es de Koller; el segundo y el tercero se tomaron de la Enmienda VIII y del artículo 5o., tercer párrafo, de las Constituciones norteamericana y mexicana respectivamente.

³⁸¹ El primer ejemplo es de Koller; el segundo y el tercero se tomaron de los artículos 24.2 y 4o., tercer párrafo, de las Constituciones española y mexicana respectivamente.

comparativos, que se relacionan con propiedades variables en grados mayor o menor (“diligencia”, “juicio rápido” y “emisión pronta”³⁸²).

b. Conceptos esencialmente controvertidos

En los últimos tiempos, la doctrina ha mostrado un especial interés sobre un tipo conceptual, particularmente útil para la interpretación constitucional: los llamados “conceptos esencialmente controvertidos”. Éstos tienen gran similitud con los jurídicos indeterminados, pero deben hacerse algunas precisiones a su respecto.

Su denominación se debe a W.B. Gallie quien los definió como “conceptos evaluativos referidos a bienes complejos que pueden ser descritos de diferentes formas, residiendo la utilidad de estos conceptos en la controversia competitiva que generan”; típicos ejemplos son los conceptos de “dignidad” y “libertad”.³⁸³ Entonces, los conceptos esencialmente controvertidos se caracterizan por ser: 1) evaluativos, 2) de gran complejidad, 3) de carácter argumentativo y 4) desempeñar una función social dialéctica.³⁸⁴

Los conceptos esencialmente controvertidos se refieren a un objeto con cierto *valor*, o mejor dicho uno susceptible de valoración con miras a establecer su inclusión dentro del concepto que les es paradigmático;³⁸⁵ pero ello no constituye su diferencia específica, sino que se aprecien bajo *criterios pública o socialmente reconocibles*, es decir a un nivel axiológico social referente a valores importantes para la colectividad y la vida en común de sus integrantes. Se refieren a “estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja”, con varios o múltiples aspectos —como los ejemplares “dignidad” y “libertad”— que los hacen relacionarse con otros conceptos y objetos en formas peculiares, lo cual hace más probable el desacuerdo sobre ellos. En estos aspectos, no parece haber gran diferencia entre los conceptos esencialmente controvertidos y los jurídicos indeterminados, cuya diferente denominación parecería no ser esencial; pero, como veremos en seguida son sus restantes elementos, relacionados con la valoración social de que son objeto, los que en realidad los caracterizan y no su sola imprecisión.

Al señalar que los conceptos que ahora tratamos son “argumentativos” se indica que se colocan en una “permanente controversia” sobre su extensión y caracterización. Éste se trata de un desacuerdo “sustantivo” en torno a lo que es el objeto a que nos estamos refiriendo —dignidad, libertad, etc.—, no uno de tipo “conceptual” sobre si un determinado objeto puede incluirse o no en un concepto previamente acordado, y en esta distinción radica una primera distinción entre conceptos esencialmente controvertidos y jurídicos indeterminados: los últimos no se encuentran en permanente definición sino sólo se disputaría su aplicación; aunque es preciso señalar, no obstante su obviedad, que una controversia sustantiva necesariamente conduciría a una conceptual.³⁸⁶

Esta controvertibilidad lleva a la siguiente característica de los conceptos que estudiamos: su función social dialéctica, que los distingue de los conceptos simplemente indeterminados. Su delimitación tiene una trascendencia social, más precisamente política en un sentido

³⁸² El primer ejemplo es de Koller; el segundo y el tercero se tomaron de la Enmienda VI y del artículo 17, segundo párrafo, de las Constituciones norteamericana y mexicana respectivamente.

³⁸³ Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 255, 256 y 260.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 256 y ss; y Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, pp. 37-39.

³⁸⁵ *Cfr.* Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 383, p. 269.

³⁸⁶ *Cfr. ibidem*, p. 259.

amplio; estando en el centro de una constante discusión sobre cómo perfilar determinados bienes valiosos para la vida social, se requiere siempre una justificación para las definiciones que se proponen para ellos, que forme parte de un debate recurrente que incluiría diversas ideas, tendencias y propuestas que compiten entre sí, sobre la sociedad, sus valores y su devenir. La controversia desenvuelta alrededor de estos conceptos es más bien “competitiva” en tanto existen posiciones bien definidas sobre sus confines e implicaciones, las cuales se apoyan en diversos argumentos para sobreponerse a las otras, que reflejan tantas perspectivas sobre la vida social y cómo debe ordenarse; de ahí que esta clase de conceptos no puedan estrictamente catalogarse como “vagos” o “indeterminados”, sino que su imprecisión consiste en la dificultad de establecer cuál de todas las posturas a su respecto debe prevalecer.³⁸⁷

La idea de “concepto esencialmente controvertido” da un mejor resultado en materia constitucional que los “jurídicos indeterminados”, en la descripción teórica de los textos fundamentales y su interpretación; entender que cabe la posibilidad de que no nos refiramos a lo mismo al hablar de “dignidad” o “libertad” y que incluso sea muy difícil estipular unánimemente contornos claramente definidos para esta clase de conceptos, ayuda a reconocer la verdadera complejidad de la interpretación constitucional y, con ello, a saber qué obstáculos superar.

c. Cláusulas generales

Las disposiciones jurídicas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados o esencialmente controvertidos, son llamadas “cláusulas generales (*Generalklauseln*)”. Como tales podemos tener a aquellas que expresamente imponen ciertos principios o parámetros jurídicos³⁸⁸ a desarrollar y optimizar por los operadores jurídicos —especialmente el legislador— con un amplio margen de discrecionalidad, salvo por la observancia de los valores que dichos principios implican.³⁸⁹

Tenemos ejemplos de estas disposiciones en la “cláusula del Estado social” alemana, en la enumeración española de los “valores superiores del ordenamiento” y, en México, en el establecimiento de parámetros que deberán seguir la regulación legislativa de la educación, la rectoría estatal y la planeación económicas, la función electoral y las sanciones por faltas en el desempeño de cargos públicos.³⁹⁰

2. La teoría de los principios y las normas constitucionales

A. Los principios jurídicos

a. Valores y principios del derecho

La expresión “principio” tiene diferentes acepciones; pueden hallarse diversos conceptos aludidos por ese término que, sin mayor dificultad, se incluyen en la relación siguiente: 1)

³⁸⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 260-266; y Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, pp. 39-40.

³⁸⁸ Concebidos por Jerzy Wróblewski como “principios positivos del derecho” por estar explícitamente formulados en una disposición jurídica. Cfr. *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2003, p. 207.

³⁸⁹ Cfr. Koller, *op. cit.*, nota 361, pp. 210-211.

³⁹⁰ Respectivamente, arts. 20.1 de la Ley Fundamental alemana (véanse BVerfGE 40, 121 [133-134]; y 59, 231 [263]); 1.1 de la Constitución española (véase STC 226/2004, F.J. 2); y 3o., 25, 26, 41, fr. III, y 109, fr. III, de la Constitución mexicana.

norma muy general; 2) norma redactada en términos particularmente vagos; 3) norma programática o directriz que obliga a perseguir determinados fines;³⁹¹ 4) norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico —“principio” en sentido estricto y al cual podrían llevarse las demás acepciones—;³⁹² 5) norma que indica, con generalidad, la selección de una norma aplicable; y 6) *regula juris*, un enunciado o máxima de la ciencia jurídica.³⁹³

A muy gran escala y por lo que requerimos en este momento, aunque más adelante añadiremos precisiones y matices, conviene tomar como punto de partida la esquemática distinción de Robert Alexy, para lograr una inicial delimitación del primero de tales conceptos; según la cual “los *principios* son normas que requieren que algo se realice en la máxima medida posible (*möglichst hohen Maße*), en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas” y, en cambio, “son *reglas* las normas que siempre sólo pueden ser cumplidas o incumplidas”.³⁹⁴ En este contexto teórico, al hablar de “principios” en un sentido material como una especie de norma jurídica —o también: de enunciado jurídico—, estrictamente se hace referencia a las acepciones contempladas en los incisos 3) y 4) del párrafo anterior, lo cual expondremos en las próximas líneas;³⁹⁵ “principios” en un sentido lato pueden ser tanto enunciados jurídicos declarativos de valores que no expresan más que el valor que pretenden consagrar —“el Estado X es democrático y social”— y las directrices programáticas que imponen determinados fines en ámbitos más o menos concretos —“El Estado favorecerá el progreso social y económico”—.³⁹⁶ Estas dos categorías caben fácilmente —a grandes rasgos— dentro de la clásica definición alexiana: los principios declarativos imponen que a un valor se dé la máxima satisfacción posible y los programáticos que, también en grado óptimo, se realice un determinado estado de cosas; pero sobre esto nos ocuparemos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Fácilmente podemos advertir hasta ahora que la idea de principios jurídicos se encuentra íntimamente ligada con la de “valores” del ordenamiento; ambos tienen una carga axiológica inmediatamente perceptible, que es sencillamente obvia en los declarativos y en los programáticos se manifiesta a través de la expresión de un mandato de la realización de un fin

³⁹¹ Los autores cuyo catálogo reproducimos señalan como ejemplo de estos “principios” el artículo 53 de la Constitución española, que habla de la protección de los consumidores. También nos parecen otros buenos ejemplos el artículo 20-a de la Ley Fundamental alemana, por el cual toma cuidado el Estado de los “elementos vitales naturales (*natürliche Lebensgrundlage*) y de los animales”, en responsabilidad por las generaciones venideras; y el artículo 40.1 de la Constitución española que impone a los poderes públicos la obligación de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico”, entre otros.

³⁹² Dichos autores también señalan como ejemplo de esta clase de “principios” el artículo 14 de la Constitución española, cuyo primer enunciado expresa que “Los españoles son iguales ante la ley”. Otros ejemplos de estas declaraciones, aún más importantes por su densa carga ideológica, son el artículo 1.1 de la misma Constitución española —que nos parece nitidísimo—: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; y, de la *Grundgesetz*, los artículos 1.1 (“La dignidad humana es intocable”) y 20.1 (“La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social [*ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*]”).

³⁹³ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 25-26.

³⁹⁴ *Op. cit.*, nota 161, pp. 75-76 (cursivas en el original).

³⁹⁵ Aunque principios declarativos y programáticos no se identifican, se implican mutuamente y constituyen enunciados diferentes que al cabo refieren a un mismo elemento. *Cfr.* Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, p. 27; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 87.

³⁹⁶ Para distinguirlos, a estas dos clases las denominaremos respectivamente “principios declarativos” y “principios programáticos”.

determinado, a través de un comportamiento indeterminado pero idóneo para ello.³⁹⁷ Esto último requiere una explicación un poco más detallada; el carácter axiológico de las directrices se desprende de que, en cuanto imponen satisfacer al máximo la realización de un determinado objetivo, sirven de “criterio de valoración” de la conducta humana según la medida en que ésta contribuya a su satisfacción o a su frustración, entronizando con ello a dicho objetivo como un bien valioso, coloquialmente un “valor”.³⁹⁸

La diferencia entre los principios declarativos y los programáticos estriba en su grado de abstracción o concreción de un determinado valor y aun en su diferente nivel de justificación. Una directriz puede perseguir la realización de un estado de cosas —de entre tantos— que implica el perfeccionamiento de un valor más abstracto que bien puede expresar un principio declarativo, como podría ser la relación existente entre el “progreso económico” y el “Estado social”; o bien aquélla puede implantar un determinado valor (utilitario) cuya consecución sea implícitamente necesario o conveniente para el logro de otro (de carácter último), y tal sería el caso que guardarían en algún aspectos derechos fundamentales como los de libertad de expresión e información con respecto al principio democrático.³⁹⁹

Ya sea expresando la salvaguarda de valores y/o bienes últimos o utilitarios, los principios postulan un *ethos* del ordenamiento jurídico, un sentido *valorativo* aplicable a toda situación en que fueren relevantes,⁴⁰⁰ con carácter expansivo y que establecen “orientaciones generales” del derecho; no determinan conductas sino las guían.⁴⁰¹ Los principios tienen una carga axiológica que impone ciertos “valores” y una determinada ideología según su contenido material, o sea los bienes concretos que garantizan, por la cual adquiere algún sentido el ordenamiento jurídico.⁴⁰² Con ello los principios difieren también de las reglas porque requieren un *posicionamiento moral* que orienta la calificación jurídica de las posibles conductas de los sujetos a quienes se dirigen;⁴⁰³ lo que no podría darse en el caso de las últimas que prevén en forma determinada y excluyente la acción que habrá de realizarse para lograr el fin que necesariamente se proponen y salvaguardar con ello el valor que subyace a ellas.⁴⁰⁴

b. Dos clases de normas jurídicas: reglas y principios

Para el positivismo jurídico decimonónico la estructura de las normas jurídicas era de una gran simplicidad, pues las hacía consistir en dos partes: una *hipótesis* que se refería a un

³⁹⁷ Sobre la íntima relación e intercambiabilidad de “principios” y “valores”, véase Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 116-127.

³⁹⁸ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, p. 154.

³⁹⁹ Cfr. Peralta, *op. cit.*, nota 120, pp. 94-95; y Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 157-161.

⁴⁰⁰ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 161, p. 75; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 110.

⁴⁰¹ Cfr. *idem*; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, pp. 83-84; y Reimer, *loc. cit.*, nota 410.

⁴⁰² Cfr. *ibidem*, p. 259. El contenido ético de los principios es esencial para Dworkin; según él, los principios en sentido lato, entendidos como parámetros del ordenamiento jurídico, pueden ser *a*) políticas (*policies*) cuando buscan un mejoramiento económico, político o social o *b*) principios en sentido estricto (*principles*) si aseguran algún “requerimiento de la justicia o equidad (*fairness*) o alguna otra dimensión de moralidad”; cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 110; y Dworkin, *op. cit.*, nota 115, p. 22.

⁴⁰³ Cfr. Zagrebelsky, *loc. cit.*, nota 400; y Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo” (trad. de Miguel Carbonell), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 195.

⁴⁰⁴ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, p. 35 y 37; y Recaséns Siches, *loc. cit.*, nota 153.

determinado hecho y una *disposición* que consistía en las consecuencias normativas derivadas de la realización de la primera; de este modo tenían un carácter *condicional* que determinaba la aplicación de un mandamiento jurídico, bajo la forma “si ..., entonces...”.⁴⁰⁵ Es fácil comprender por qué el positivismo se explicaba así las normas jurídicas, ya que tal es un modelo sumamente conveniente al esquema lógico de subsunción en que fundamentalmente basó su metodología; por la “ley de la causalidad jurídica” que postula la inexistencia de consecuencias jurídicas sin supuestos de derecho,⁴⁰⁶ condiciona la aplicación de éstas a que se constate la realización de las hipótesis previstas por las normas, amoldándose fácilmente éstas al procedimiento silogístico.

La contemporánea teoría general del derecho ha superado tal concepción sobre las normas jurídicas; éstas ya no exclusivamente se identifican con prescripciones que establecen un *deber ser* jurídico, sino que aun podemos hallar entre ellas algunas cuyos enunciados no propiamente imponen algún deber, según su función en el orden jurídico.⁴⁰⁷ A raíz del constitucionalismo europeo posterior a la segunda guerra mundial, por su densidad en los textos fundamentales y la reconocida dimensión axiológica de éstos, los principios han adquirido protagonismo y alcanzado una mayor importancia en el orden constitucional,⁴⁰⁸ al grado de que la distinción entre reglas y principios es básica en nuestro tiempo y en la opinión de Alexy es “clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”.⁴⁰⁹

Una primera distinción entre reglas y principios consiste en que éstos carecen de una determinación precisa en los supuestos de aplicabilidad y en sus consecuencias jurídicas, en suma: de la explícita e inmediatamente apreciable forma condicional de las reglas.⁴¹⁰ Esta característica hizo pensar que los principios no eran auténticas normas jurídicas, pues no podían utilizarse (inmediatamente) en el procedimiento de subsunción lógica en que se hizo consistir a la aplicación del derecho; sin embargo, su carácter de norma jurídica es indudable ya que al igual que las reglas prescriben una conducta.⁴¹¹ En realidad, no se trata de que los principios “carezcan” de hipótesis o consecuencias jurídicas sino que éstas son *abiertas*, es decir los efectos jurídicos de los principios pueden seguirse de innumerables hipótesis a las cuales pueden acomodarse por la abstracción con que se formulan, como veremos enseguida, y pueden tener diversos contenidos y sentidos.⁴¹²

Las reglas y los principios tienen por lo tanto diferente grado de concreción, similarmente a lo que ya expusimos sobre los principios declarativos y los programáticos: aquéllas son prescripciones específicas que claramente rigen un número de supuestos de hecho, delimitado con alguna nitidez; los principios pueden referirse a múltiples y *a priori* indefinibles situaciones, con la abstracción que les dan sus apertísimas hipótesis de aplicación ocasionadas

⁴⁰⁵ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 171-172; y Kelsen, *op. cit.*, nota 97, p. 52.

⁴⁰⁶ Véase García Máynez, *op. cit.*, nota 405, pp. 174-176.

⁴⁰⁷ Sólo como ejemplo, véase Robles, Gregorio, “Tres tipos de reglas en el derecho”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Enrique Cáceres Nieto (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 64 y ss.

⁴⁰⁸ Para una relación histórica del desarrollo de la importancia de los principios, véase Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, pp. 111-114.

⁴⁰⁹ *Op. cit.*, nota 161, p. 71.

⁴¹⁰ Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 111; y Reimer, *op. cit.*, nota 168, p. 258.

⁴¹¹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 161, p. 72.

⁴¹² Cfr. Dworkin, *op. cit.*, nota 115, pp. 25-26; Reimer, *op. cit.*, nota 168, p. 259; y Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 30-31.

por el lenguaje impreciso de sus enunciados.⁴¹³ Para su aplicación los principios requieren concretizarse, lo cual pueden llevar a cabo el legislador y los tribunales al adecuar la “idea general” que postulan a la hipótesis precisa o el caso concreto que intenten regular o resolver, transformándolos —a través de la pertinente argumentación *interpretativa*— en una regla *stricto sensu* que aclare el principio y constituya una manifestación particular del mismo adecuada al caso concreto, deben referirse a “adicionales (*weiter*) premisas normativas;⁴¹⁴ no puede enfatizarse lo suficiente la opinión de Reimer sobre este punto: “requiere esfuerzo leer en [los principios] una estructura condicional”.⁴¹⁵

De lo anterior podemos apreciar un indisoluble vínculo entre principios (declarativos y programáticos) y reglas de derecho. Podemos decir que los principios declarativos disponen la garantía de un bien determinado en un contexto “general” o “universal”;⁴¹⁶ los programáticos hacen lo mismo, pero señalando fines más concretos a lograr en vista de ese “valor”, en un contexto muy amplio aunque no “universal”; y las reglas disponen una determinada conducta bajo hipótesis más o menos precisas que, finalmente sirven a salvaguardar dicho valor. A la inversa, de una regla específica puede desprenderse un fin determinado cuyo logro impone, pudiendo conducir a un principio programático y/o a la salvaguarda de un “valor” del ordenamiento que determinan su creación.⁴¹⁷

El reconocimiento de estas relaciones y de los diversos “niveles de concreción” a que aluden, implican una *forma de concebir el derecho diametralmente opuesta a la del positivismo tradicional*, por la cual los principios abandonan el papel secundario al que estuvieron confinados y “suministra[n] criterios para la aplicación, interpretación y modificación del Derecho”,⁴¹⁸ pudiendo con ello desempeñar “un papel esencial en los argumentos que apoyan juicios sobre particulares derechos y obligaciones jurídicas”.⁴¹⁹ Admitir que las reglas específicas integrantes del ordenamiento proceden de principios —así sean implícitos, no expresados por las disposiciones jurídicas— de más extensa incidencia y que pueden cubrir muchas más directivas concretas de conducta, presentando así una mayor “densidad normativa”, lleva a afirmar la subordinación de aquéllas a éstos y no, como se sostenía, el protagonismo de las reglas frente a la mera supletoriedad de los principios que, en

⁴¹³ Cfr. *supra*, nota 399; y Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 402, p. 111.

⁴¹⁴ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 150, pp. 418 y 465-467; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, pp. 83-85; y Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 299 y 319.

⁴¹⁵ *Loc. cit.*, nota 410.

⁴¹⁶ Muy ampliamente, Alexy define los principios como “enunciados normativos de *más elevado nivel de generalidad*”; véase *loc. cit.*, nota 414 (cursivas añadidas); “...el papel más importante que juegan los principios es cuando determinan los fines y valores de las instituciones (o de otras partes del sistema jurídico) o formulan reglas de comportamiento más generales que las normas ‘ordinarias’...”, Wróblewski, *op. cit.*, nota 388, p. 222. La “generalidad” o “universalidad” en que operan los principios declarativos apunta a un determinado contexto jurídico que bien puede ser la *totalidad del ordenamiento* —de carácter “fundamental”, sustantivos constitucionales (justicia, pluralismo, etc.) o institucionales (que muy probablemente también se establezcan constitucionalmente, como el de jerarquía normativa)—, o en una *determinada área jurídica*; véanse Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 402, p. 113; Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 27-28; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 388, p. 207.

⁴¹⁷ Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, pp. 83-84 y 88. Un mayor detenimiento en la cuestión nos lleva a ver diferentes clases de valores y/o principios en el ordenamiento: últimos o utilitarios, esenciales o contingentes, etc.; así como una más o menos intrincada red de relaciones de jerarquía entre ellos; véase Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 36-39 y 161-166.

⁴¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 43-44; e *infra*, nota 453.

⁴¹⁹ Dworkin, *op. cit.*, nota 115, p. 28.

tales circunstancias, tienen en realidad un carácter “constitutivo” en el que encuentran fundamento todas las normas jurídicas.⁴²⁰

Esta vinculación entre principios y reglas es la que hace funcionar como unos u otras a las disposiciones jurídicas, según el contexto argumentativo, o más bien que conforme a los requerimientos de éste el lenguaje textual pueda aplicarse inmediatamente —como una regla explícita— o de forma indirecta —como principio del cual se desprenda interpretativamente una regla precisa—; los enunciados textuales iusfundamentales, pero no exclusivamente,⁴²¹ pueden presentar este carácter “dual” e “intercambiable”.⁴²² Pero con todo, a pesar de que los principios puedan tener una estructura condicional, y sobre todo porque su fórmula utiliza conceptos indeterminados, su interpretación no consiste en la mera subsunción sino en un “descubrimiento jurídico creativo (*schöpferische Rechtsfindung*)”, por el cual principalmente el operador judicial completa el sentido de la disposición para llevarla a su contexto de referencia y de ese modo llena una “laguna” del ordenamiento;⁴²³ aunque ello se da en toda clase de aplicación jurídica, en la relativa a los principios se aprecia en una magnitud mayor a la habitual.

No obstante lo señalado, las reglas y los principios no se distinguen sólo por el grado de determinación semántica y sintáctica de los enunciados que los expresan —aun las reglas pueden formularse con un lenguaje vago y general—, sino se ha dicho que son *cuantitativamente* diversas en su estructura, en virtud de lo cual operan de manera diferente.⁴²⁴ Como punto de partida debe tomarse la tesis fundamental alexiana que hace consistir la diferencia más importante entre las reglas y los principios en que éstos implican un “mandato de optimización (*Optimierungsgebot*)” y aquéllas uno de cumplimiento categórico, según la cual las reglas sólo pueden cumplirse o incumplirse y en cambio los principios “pueden satisfacerse (*erfüllen*) en diversos grados”, dependiendo de las posibilidades normativas y fácticas del caso concreto;⁴²⁵ al establecer un “deber ser ideal”, los principios admiten no satisfacerse plena sino parcialmente, mas bajo el deber de “optimizarlos” al máximo.⁴²⁶ Esta diferencia es claramente notable en los casos de “conflicto de reglas (*Regelkonflikt*)” y “colisión de principios (*Prinzipienkollision*)”, según los distingue el mencionado autor alemán;⁴²⁷ cuando las prescripciones de dos reglas respecto de un mismo supuesto se oponen entre sí, al ordenar una la realización de una acción y la otra al prohibirla —por ejemplo—, simple y sencillamente una de ellas no puede ser válida; tratándose de principios, su oposición no implica la invalidez o la superioridad apriorística de alguno de ellos, sino su superación (*Vorgehen*), relegación o retroceso (*Zurücktreten*), según corresponda en el caso concreto por las circunstancias y la relevancia que en ellas tengan.

La caracterización de los principios como mandatos de optimización, punto toral de la “teoría de los principios” de Alexy —pero vislumbrada por Dworkin⁴²⁸—, constituye una de

⁴²⁰ Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, pp. 110 y 116-118.

⁴²¹ Un notable ejemplo adicional, es el referido caso de las disposiciones típicas penales que manifiestan simultáneamente una posición axiológica jurídica y una estructura condicional de aplicación. *Supra*, nota 176.

⁴²² Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 161, pp. 122-125; y Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 27 y 154.

⁴²³ Véase BVerfGE 3, 225 (242-245).

⁴²⁴ Alexy, *op. cit.*, nota 161, p. 75.

⁴²⁵ Véase *ibidem*, pp. 75-77; Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 95-96; y Dworkin, *op. cit.*, nota 115, pp. 26-28.

⁴²⁶ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 425, pp. 108-110.

⁴²⁷ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 161, pp. 77-79; y Dworkin, *op. cit.*, nota 115, pp. 26-27.

⁴²⁸ “Las reglas son aplicables a la manera de todo o nada (*all-or-nothing fashion*)”, “Los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas: la dimensión de peso o importancia (*weight or importance*)”, *op. cit.*,

las tesis fundamentales del constitucionalismo actual;⁴²⁹ pero ello no la ha librado de críticas como la que le dirigen Atienza y Ruiz Manero al señalarla como “distorsionadora [...] en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices”.⁴³⁰ En realidad, pensamos que estas discrepancias se deben simplemente a diferentes puntos de vista desde los que puede enfocarse el tema.

Dichos autores españoles sostienen que los principios *stricto sensu* —nuestros “principios declarativos”— tienen la estructura de una regla vaguísima por la gran apertura de sus hipótesis; para ilustrarlo, señalan que el principio de igualdad que establece el artículo 14 de la Constitución española “exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria).⁴³¹ Primeramente, nos parece que confunden el principio de igualdad de la prohibición de discriminación que de él se desprende; ciertamente, ésta tiene una estructura *regular*, no *principlal*: o se discrimina o no, por lo que no nos parece en realidad que el enunciado que la expresa sea realmente un principio —a menos que lo entendamos en alguna otra acepción del término—. ⁴³² Diferente es el caso del enunciado que antecede al que expresa dicha prohibición, el cual expresa que “Los españoles son iguales ante la ley”,⁴³³ que sí consiste en un principio *stricto sensu* o declarativo; tal expresión ha de tomarse con carácter *normativo* y no declarativo de una situación real, que impone un “deber ser ideal” a alcanzar —la “igualdad” en toda situación—, que naturalmente sólo puede alcanzarse en la plenitud que permitan las circunstancias jurídicas y fácticas, es decir dicho enunciado se trata de un “principio” en el sentido de Alexy y al que subyace un “mandato de optimización”, que simplemente se concretiza⁴³⁴ —quizá en su más importante manifestación— en la regla de interdicción de discriminación.

Un punto trascendental en este aspecto es la naturaleza del mandato de optimización que implican los principios, en él parece radicar la diferencia entre las opiniones de Alexy por un lado y la de Atienza y Ruiz Manero por el otro. Precisando los términos de su teoría, aquél ha caracterizado a los principios como “mandatos que se optimizan” o “mandatos a optimizar”, es decir —explica— los objetos que garantizan dichos enunciados normativos, que no son otra cosa que “valores”, deben satisfacerse a plenitud u “optimizarse”; este imperativo de cabal consecución se halla a un “metanivel”, constituye una norma trascendente al objeto sobre el que recaen, que precisamente tiene el carácter de *regla* en tanto sólo admite un cumplimiento

nota 115, pp. 24 y 26. Aunque pensamos que Dworkin es el antecedente inmediato a la teoría de Alexy, no pueden dejarse de considerar las aportaciones a ella —anteriores a aquél— de Josef Esser, para quien los principios “a diferencia de las normas son contenido en oposición a forma”; Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 414, p. 299, n. 81; y Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 65, citado en Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, p. 67.

⁴²⁹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 425, p. 94.

⁴³⁰ *Op. cit.*, nota 171, p. 34.

⁴³¹ Cfr. *ibidem*, pp. 30-33.

⁴³² Alexy contesta directamente a Atienza y Ruiz Manero indicando que cada principio puede asimilarse a una regla de cumplimiento categórico si se le añade una “cláusula general de reserva” que prescriba el cumplimiento del objeto (valor) del principio en tanto otro “de mayor peso” no disponga otra cosa —dimensión *ponderativa* que expresamente apuntan sus críticos españoles—, que por su amplitud es “trivial” —precisamente la “ley de colisión” alexiana consiste en establecer una precedencia circunstancialmente determinada entre dos principios enfrentados, reformulados en reglas precisamente aplicables al caso—; asimismo, el profesor de Kiel señala que la prohibición de discriminación puede explicarse “como una regla estricta”. *Op. cit.*, nota 425, pp. 118-123; cfr. *op. cit.*, nota 161, pp. 79-84.

⁴³³ Aplicable a los extranjeros según el artículo 13.1 de la ley fundamental hispana y, por lógica, interpretable como un derecho referido a “toda persona”.

⁴³⁴ Tal concretización regular que también llevan a cabo Atienza y Ruiz Manero, como vimos, es un procedimiento indispensable para la aplicación de los principios. *Supra*, nota 414.

categorico: el valor tutelado por la norma principal es o no optimizado; y con aludir a tal “mandato” simplemente “se expresa todo aquello que tiene qu[é] ver con los principios y que resulta significativo desde el punto de vista práctico”.⁴³⁵ Los segundos autores mencionados introducen al respecto la distinción entre “reglas de fin” y “reglas de acción”, en la que las primeras ordenan procurar un determinado estado de cosas mas no prescriben acciones determinadas para lograrlos y, las segundas, sí hacen esto último imponiendo la realización de una conducta precisa cuando se han dado o no las condiciones que prevén sus hipótesis; es ellas pueden identificarse respectivamente con los “principios” y las “reglas” según concibe a ambos Alexy, incluso una “regla de fin” puede ser una versión —más práctica quizá— de un “mandato de optimización”.⁴³⁶

c. Interpretación y principios jurídicos

El tema general de esta sección puede dividirse en dos vertientes relativas a la interpretación de la que resulta un enunciado normativo principal y la interpretación de disposiciones jurídicas que encuentra orientación en un principio previamente establecido. Distinguiremos entonces entre la interpretación jurídica *de* principios y la realizada *por* principios, es decir del papel que éstos desempeñan en la interpretación jurídica,⁴³⁷ ocupándonos sucesivamente de ellas.

Una clasificación de los principios jurídicos, que bien podemos tener por indisputada, es la que separa los explícitos de los implícitos.⁴³⁸ Un principio explícito es el manifestado por un enunciado del texto jurídico, que abstractamente impone la salvaguarda de un bien jurídico genérico o la consecución de una finalidad más concreta —según sea declarativo o programático, en nuestra nomenclatura—; a grandes rasgos, es *la palmaria expresión de cierto valor del ordenamiento* y de ellos encontramos ejemplos en el artículo 1.1 de las Constituciones alemana y española. Los implícitos, como fácilmente se advertirá, son los que no formula expresamente el texto pero que constituyen “*premisa o consecuencia*” de sus disposiciones; es decir, subyacen como indispensable supuesto o resultado de sus enunciados explícitos.⁴³⁹ En ambos casos, ya sea ante principios explícitos o implícitos, se requiere una “exposición argumentativa” que esclarezca el contenido de las disposiciones jurídicas que sirvan para fundar un principio; respecto de los primeros, dicha exposición es meramente *declarativa* y, de los segundos, *constitutiva*.⁴⁴⁰

La “claridad” de los enunciados explícitos generalmente no exige una interpretación para obtener su fórmula —a lo mejor sólo para depurarla— puesto que ya se incluye en el texto, aunque sí para establecer su incidencia en el caso concreto y para lo cual son inmediatamente utilizados en la argumentación de su resolución, aunque ésta no provenga directamente de ellos sino de alguna regla que los desarrolle y concrete.⁴⁴¹ Aunque pareciera no haber problema en relación con la formulación de los principios textualmente expresados, pueden surgir dificultades en cuanto a “qué tan explícitos son en realidad los principios

⁴³⁵ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 425, p. 109.

⁴³⁶ Cfr. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 35 y 37.

⁴³⁷ Wróblewski, *op. cit.*, nota 388, p. 220.

⁴³⁸ Véase Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., trad. de Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 67-68.

⁴³⁹ Cfr. *ibidem*, pp. 206-207 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁴⁴⁰ Reimer, *op. cit.*, nota 168, p. 378. Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, pp. 84-85.

⁴⁴¹ *Supra*, nota 414.

constitucionales explícitos”;⁴⁴² la sola redacción de una disposición constitucional —por ejemplo— puede indicar que el Constituyente quiso entronizar un determinado valor o salvaguardar algún bien, “anclándolo” con claridad en ella, pero en otras ocasiones no sucede de este modo y aun se denomina erróneamente como “principio” alguna prescripción que no tiene tal naturaleza, dada la ambigüedad de este término.⁴⁴³ De todos modos, que los principios jurídicos fueren explícitos de alguna manera, en nada mengua su “elevada condición normativa” de “cantera de donde el derecho formulado [...] toma sus materiales” sino, por el contrario, es una gran ventaja.⁴⁴⁴

En cambio, la formulación de los principios implícitos sí requiere la interpretación⁴⁴⁵ de disposiciones jurídicas, para que se establezcan los presupuestos y resultantes de éstas en que dichos principios consisten, y la medida en que ellos son coherentes con alguna disposición expresa; deben tener un *asidero textual* (o varios) del cual puedan relacionarse mediante una concatenación argumentativa que lleve a una “generalización creciente”⁴⁴⁶ de la que resulten; o bien tratarse de los denominados “institucionales” por Atienza y Ruiz Manero, que son *indispensables* para el óptimo funcionamiento del ordenamiento jurídico en cuanto tal —los cuales con relativa facilidad podrían adscribirse a un enunciado textual, como el de jerarquía normativa—.⁴⁴⁷ Presentes en el ordenamiento como constitutivos del “espíritu de la ley” y presupuesto de los enunciados positivos, los principios no son una entelequia naturalista sino “viven y actúan en las mismas normas particulares”.⁴⁴⁸

Dificultando aún más la fundamentación de los principios implícitos, paradójicamente, a veces el autor del texto da por supuestos los principios más elementales y no los establece directa o expresamente —como el Estado de derecho y sus subprincipios, por ejemplo—; esto haría suponer que tales principios omitidos no tienen validez porque no han sido establecidos y así se les considera “indeseados” y contrarios a la seguridad jurídica, siendo fácil imaginar los problemas que ello ocasiona.⁴⁴⁹ Sin embargo, normalmente, la obtención de principios implícitos puede resultar de: 1) deducción como consecuencia de conceptos técnicos (Estado, derecho o Constitución) o ideas —aun de orden cultural y ético—,⁴⁵⁰ lo que viene a ser en realidad, una concretización de éstos; y 2) inducción, mediante la identificación de un valor contenido en alguna disposición constitucional, construyendo un enunciado que lo formule y

⁴⁴² Reimer, *op. cit.*, nota 168, p. 379.

⁴⁴³ Véase *ibidem*, pp. 379-384.

⁴⁴⁴ *Cfr.* Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, pp. 67-69.

⁴⁴⁵ Stamatis, Constantin M., *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, París, Publisud, 1995, p. 229.

⁴⁴⁶ *Cfr.* Del Vecchio, *op. cit.*, nota 438, pp. 49-53.

⁴⁴⁷ *Cfr.* Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 171, pp. 27-28 y 36; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 70, pp. 51-53; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 388, pp. 208-209.

⁴⁴⁸ *Cfr.* Del Vecchio, *op. cit.*, nota 438, pp. 43-49 y 137-140; y Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 150-151.

⁴⁴⁹ *Cfr. ibidem*, pp. 385-386.

⁴⁵⁰ “...hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”, STC 11/1981, F.J. 8 (cursivas añadidas). Tales son, en nuestra opinión, los “principios-nombres del derecho” a que alude Wróblewski en *op. cit.*, nota 388, p. 209.

desarrollándolo en casos no previstos o especiales, como acontece con el principio de igualdad o el de presunción de inocencia.⁴⁵¹

Ahora pasemos a la importancia de los principios y valores jurídicos en la interpretación jurídica. Como expusimos, la inclusión de los principios en la teoría jurídica no es una innovación reciente, ya que desde hace décadas el mismo positivismo jurídico las consideró un recurso subsidiario en la aplicación del derecho ante la insuficiencia de la ley; pero ha operado —o estamos en ello— un cambio de paradigma por el cual los principios reivindican el lugar prominente que les corresponde en la aplicación jurídica.⁴⁵² La compulsión de esta diferente forma de ver el derecho con la tradicional tesis racionalista del positivismo, manifiesta una confrontación entre *formas opuestas de pensamiento jurídico*: por un lado la que esta última propuso, de carácter “cerrado” y “deductivo-conceptual (*begrifflich-deduktiv*)”; y por el otro, impulsada por la primera, uno “abierto” y “problemático” por tener vocación casuística.⁴⁵³

Los principios son una “fuente material básica y primaria” del ordenamiento jurídico —una “superfuente”—, que no sólo tienen una función de supletoriedad sino también de fundamentación y de interpretación.⁴⁵⁴ Por ser elementos que originan a las normas jurídicas escritas, sobre todo de las reglas ordinarias, los principios influyen en la manera en que éstas deben entenderse aplicando a sus diferentes alternativas de interpretación un *valor* diverso, según la medida en que garanticen los bienes (próximos y últimos) a los que se adscriben;⁴⁵⁵ así, considerando el sentido de los principios y las posiciones normativas que instauran, la interpretación jurídica trasciende a la mera literalidad del texto y su aplicación mecánica, y adquiere una determinada *orientación* por ellos; en suma, se erige en una “interpretación por principios”.⁴⁵⁶

La interpretación jurídica realizada con una orientación por principios se afilia, por supuesto, un criterio *teleológico* y *sistemático*.⁴⁵⁷ Aquí es conveniente tratar la objeción formulada por Habermas⁴⁵⁸ —reminiscente de los ataques de Forsthoff a la axiología constitucional y sus métodos⁴⁵⁹— a la teoría de los principios de Alexy, en particular a la caracterización de éstos como mandatos de optimización, que no sólo viene a cuento por este aspecto sino que, dado que nos parece además una vieja impugnación reformulada a la perspectiva jurídica axiológica —y algo utilitarista— que inició bajo el auspicio de la jurisprudencia de intereses, puede llevarse a otros ámbitos. Según dicha objeción, la relativización de la satisfacción de los bienes jurídicos que produce su concepción como

⁴⁵¹ Véase Reimer, *op. cit.*, nota 168, pp. 397 y ss.

⁴⁵² Cfr. García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, p. 46; y *supra*, notas 418, 419 y 420.

⁴⁵³ Cfr. Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1956, p. 7, citado en Okruch, Stefan, “Hindrängen” zur Ordnung und “Entdeckung” des Rechts: Fragen zur kulturellen Evolution, Bonn, Instituto Max Planck, documento de trabajo, 1998, p. 16, n. 21; véanse también Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, pp. 122-123; y Frosini, *op. cit.*, nota 448, p. 148. También pueden relacionarse estas diferentes posturas con las éticas weberianas de convicción y responsabilidad; cfr. Schmill y Cossío, *op. cit.*, nota 26.

⁴⁵⁴ Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, pp. 59 y 78.

⁴⁵⁵ Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, p. 118.

⁴⁵⁶ Cfr. Guastini, Riccardo, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 147-148.

⁴⁵⁷ Cfr. *idem*; Alexy, *op. cit.*, nota 414, p. 299; y Stamatis, *op. cit.*, nota 445, pp. 231-232.

⁴⁵⁸ *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort, 1994, pp. 310 y ss.

⁴⁵⁹ *Supra*, nota 190.

“valores”, conduce a la pérdida del carácter deontológico de las normas jurídicas, es decir a la de su “estructura *obligatoria* estricta”.⁴⁶⁰

A ella Alexy sencillamente responde que esta apreciación circunstancial promotora de la ponderación entre valores y/o principios jurídicos en conflicto, basada en un “concepto deóntico fuerte” —en cuanto posee criterios como el principio de proporcionalidad para evitar la arbitrariedad— mas no “fortísimo”, es la única vía para lograr la máxima (óptima) satisfacción de todos los fines que persiga el derecho en cualquier circunstancia; aunque la rígida prevalencia de ciertos intereses —como los derechos fundamentales— sobre otros sería provechosa en cuanto a la estricta obligatoriedad de las normas jurídicas que los tutelan y la precisa certeza que por su fomalidad ganaría la corrección de las decisiones jurídicas, tales ventajas “entrañan a su vez ciertas desventajas que resultan inaceptables” al impedir la promoción de otros intereses jurídicamente protegidos; y más aún, llega a demostrar que al referirse su crítico a la posibilidad de que en “cierto contexto concreto de fundamentación” un bien colectivo se imponga a un derecho fundamental concebido con obligatoriedad fortísima —su tópico de discusión— coincide con la prevalencia *prima facie* de éstos —calidad deóntica en un sentido “simplemente fuerte”—, que propone su teoría.⁴⁶¹

En suma, la interpretación por principios es de una naturaleza finalista que rechaza el “fetichismo del documento jurídico” —mas no la letra de la ley, de la que parte— en la búsqueda de la *corrección material*, no sólo formal, de una solución jurídica.⁴⁶² Un ejemplo paradigmático sería el caso de una decisión jurídica —a cuyo favor suponemos una argumentación adecuada— que resulte en la interpretación “correctiva” de un texto legal o, más aún, que avale la contravención de una regla que éste exprese; soluciones de esta clase sólo podrían admitirse por la referencia a los valores y/o principios más generales y últimos del ordenamiento y la búsqueda de su satisfacción como “verdadera intención” del autor del texto jurídico interpretado o “espíritu de la ley” y, en especial, por el abandono de una y a la concepción deóntica radicalmente fuerte de las normas jurídicas.

B. *Los principios constitucionales*

Aunque también en la ley ordinaria podemos encontrar principios —como igualmente en la Constitución hallamos reglas—, dado que sus disposiciones tienen finalidades más concretas, encontramos con mayor facilidad disposiciones con el carácter de reglas y, por lo mismo, ocurre lo contrario en el texto constitucional; la densidad entonces es inversa: las Constituciones tienen más principios que reglas; la ley, más reglas que principios.⁴⁶³ Esta cualidad contribuyó a que las disposiciones constitucionales no fueran consideradas como verdaderas normas jurídicas y aun que el control jurisdiccional de la constitucionalidad sea criticado porque debiera corresponder a un órgano político y no a los tribunales.⁴⁶⁴

El pensamiento de Carl Schmitt es un dechado de estas objeciones; a grandes rasgos, según este autor refiriéndose específicamente al control constitucional de leyes, las

⁴⁶⁰ Alexy, *op. cit.*, nota 425, pp. 123-124.

⁴⁶¹ *Cfr. ibidem*, pp. 124 y ss.

⁴⁶² *Cfr.* Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, pp. 130-131; Frosini, *op. cit.*, nota 448, pp. 22-23, 66 y 144-145; y Stamatidis, *op. cit.*, nota 445, pp. 205 y 212-213.

⁴⁶³ Véase *supra*, § III.1. A. *Cfr.* Zagrebelsky, *loc. cit.*, nota 400; Dworkin, *op. cit.*, nota 271, pp. 7-8; y Böckenförde, *loc. cit.*, nota 20.

⁴⁶⁴ *Cfr. ibidem*, pp. 111-112. Véase *supra*, § II.1.

disposiciones constitucionales generales no son normas jurídicas⁴⁶⁵ y la justicia constitucional es realmente legislación constitucional y no jurisdicción.⁴⁶⁶ Incluso Kelsen se unió a estas críticas al replicar a Schmitt en su famosa polémica; intentando conjurar “el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno”, el jurista vienés propuso restringir la discrecionalidad de los tribunales constitucionales y limitar su poder político, simplemente adecuando la redacción de las disposiciones constitucionales,⁴⁶⁷ tampoco vio que el constitucionalismo requería superar el positivismo tradicional —que el mismo contribuyó a formar— y siguió pensando que la jurisdicción constitucional también consistía —y debía hacerlo— en la subsunción de un “hecho concreto” —la generación de una norma legal— en el supuesto de la ley fundamental.⁴⁶⁸

Por tratarse de la ley fundamental del ordenamiento jurídico que indica los fines y valores del Estado, la organización de los poderes públicos para su realización y las líneas directrices más amplias de la vida social,⁴⁶⁹ las Constituciones son redactadas en un lenguaje generalísimo y vago, razón por la cual un buen número de sus disposiciones tienen el carácter de principios.⁴⁷⁰ En el contenido principal de la Constitución se han distinguido dos especies: los principios propiamente constitucionales (*Verfassungsprinzipien*) y los simplemente establecidos en la Constitución (*Prinzipien in der Verfassung*): los primeros serían “normas centrales” de la Constitución que le imprimen una particular fisonomía como las relativas la estructura del Estado y sus fines; los segundos no tienen esta característica.⁴⁷¹ Aunque alguna utilidad pueda tener esta distinción, coincidimos con la opinión general de que los principios constitucionales son principios generales del derecho, y a su vez éstos también tienen carácter constitucional.

⁴⁶⁵ “...[en la segunda parte de la Constitución de Weimar] se juxtaponen principios de diferente naturaleza, determinaciones especiales de derecho material (*materiellrechtliche Einzelbestimmungen*), programas, líneas directivas y compromisos formales dilatorios y, si todos estos enunciados diversos se señalaren como ‘normas’, la palabra norma quedaría sin valor y se volvería inútil. [...] También en otros casos de dudas y diferencias de opinión sobre si existe contradicción entre la ley constitucional y la ordinaria, no se produciría una subsunción de un supuesto de hecho en el sentido de verdadera jurisdicción (*Justiz*), porque la duda siempre se referiría sólo al contenido de la ley constitucional”, *Der Hüter der Verfassung*, 4a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 44. Los “compromisos formales dilatorios” son irreales (*unecht*) y sólo aparentes, porque no logran acuerdo sobre su objeto, son fórmulas que no contienen compromiso o resolución sino los posponen; así se entendieron los principios constitucionales, como meras fórmulas retóricas y hasta demagógicas que aplazaban las verdaderas decisiones y las colocaban sobre los hombros del legislador; véase Schmitt, *op. cit.*, nota 41, pp. 31-36; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, pp. 112-113.

⁴⁶⁶ “Además, como ya se dijo, la segunda parte de la Constitución [de Weimar] (con la que se relacionan especialmente muchas dudas y diferencias de opinión), en la colorida variedad de sus declaraciones de principio, en realidad y generalmente no contiene decisión ni compromiso alguno, sino sólo *fórmulas equívocas* a través de las cuales debe aplazarse y diversificarse la resolución y a menudo tomarse en cuenta perspectivas contradictorias. [...] Si aquí decidiera un tribunal, sería francamente un Constituyente en elevada función política”, *op. cit.*, nota 465, p. 48 (cursivas añadidas).

⁴⁶⁷ “Entonces, las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’ ‘igualdad’, ‘justicia’, etc”, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, p. 33.

⁴⁶⁸ *Cfr. ibidem*, pp. 24-26; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 127, n. 8.

⁴⁶⁹ *Supra*, nota 52.

⁴⁷⁰ *Cfr.* Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, p. 95.

⁴⁷¹ *Cfr.* Reimer, *op. cit.*, nota 168, pp. 254-257.

Usando lo esencial e indisputable de la clásica definición de Del Vecchio, que tiene como principios generales del derecho a aquellas “verdades supremas del derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos”,⁴⁷² y combinándola con la ya referida distinción de Atienza y Ruiz Manero,⁴⁷³ podemos sin entrar en detalles que los elementos “éticos” que señala el jurista italiano corresponden a los principios “sustantivos” de los últimos y que, igualmente, los “lógicos” que aquél refiere a los “institucionales”. Los valores y contenidos materiales positivizados por la Constitución y que le dan un perfil ideológico determinado pretendiendo su superior garantía dentro del ordenamiento, pertenecen sin duda al primer grupo (sustantivo); en tanto que los que integran el andamiaje teórico-formal del sistema jurídico se adscriben al segundo (estructural).

Afirmar que el contenido sustantivo de los principios constitucionales sean también principios generales del derecho, es decir de todo el ordenamiento jurídico, no requiere mayor esfuerzo de justificación; basta la inclusión de la protección de un determinado bien jurídico en el texto fundamental, para que en todos los ámbitos de éste sea observada en la interpretación y aplicación de la regulación correspondiente, por la “fuerza prevalente” de la Constitución y ser así un “principio general del derecho”.⁴⁷⁴ Los principios institucionales, aquellos que no expresan un contenido material del derecho sino su estructura lógica y operativa —seguridad jurídica, plenitud hermética, territorialidad, etc.—, deben ser considerados con carácter constitucional en tanto sean una de las “reglas de reconocimiento” del sistema, es decir de aquéllas que determinan la pertenencia de una norma a él,⁴⁷⁵ por ser inherentes a la *esencia misma del derecho en general* cuya implantación prevé la Constitución al discernir facultades legislativas a los órganos públicos, no sólo a alguna de sus ramas —sin perjuicio de que se manifiesten especialmente en ellas, como sería el caso del principio de supremacía de la Constitución que puede vincularse al de jerarquía normativa—; dichos principios estructurales también subyacen al ámbito fundamental por explicitarlos la misma ley suprema, subyacer a su mismo funcionamiento, o desprenderse de sus causas y fines.

No sólo por su estructura sino también porque implantan los valores superiores del ordenamiento —para usar la precisa expresión de la Constitución española—, las disposiciones constitucionales son principios en su mayor parte. No solamente tales valores son “principios generales del derecho”, fundamentadores y por lo mismo auxiliares en la interpretación del resto del ordenamiento, sino que también debe tenerse a aquellos “principios generales” de carácter institucional, propios de la dinámica jurídica en abstracto, con rango constitucional en tanto en primer término están implícitos en la misma urdimbre constitucional y, en segundo, de algún modo son establecidos por ésta al habilitar a los poderes estatales a integrar un sistema jurídico —independientemente de su contenido material—.

⁴⁷² *Op. cit.*, nota 438, p. 49.

⁴⁷³ *Loc. cit.*, notas 171, 416 y 447.

⁴⁷⁴ García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, pp. 89 y 97; González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 86, citado en Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, pp. 132-133; y Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 89. Véanse STC 4/1981, F.J. 1, inc. B); y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 70, pp. 56-58.

⁴⁷⁵ Véanse Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 397, pp. 122-123; y Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, “La regla de reconocimiento”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 111-133.

3. *La apertura de las disposiciones constitucionales y su interpretación*

La interpretación constitucional, dada la apertura de las disposiciones fundamentales, presenta serios problemas. La polémica sobre los conceptos abiertos constitucionales, ha versado acerca de si encubren una actuación discrecional del operador jurídico; la teoría tradicional alemana que expusimos se inclina por una respuesta negativa a esta cuestión, sosteniendo que no hay discrecionalidad al aplicarse un concepto jurídico indeterminado, pero esta opinión no es aceptada sin discusión;⁴⁷⁶ y lo mismo puede decirse de la interpretación de y por principios constitucionales.⁴⁷⁷

Concibiendo la “discrecionalidad” como un (mayor o menor, o bien fuerte o débil) ámbito de libertad de acción dejado por un “cinturón circundante de restricción” formado por parámetros establecidos por una autoridad, concluimos que necesariamente la conlleva la interpretación y aplicación de conceptos “abiertos”, aunque precisando que como un ejercicio de cierta autonomía y no como un permiso para la arbitrariedad.⁴⁷⁸ Si aun las facultades discrecionales en un sentido fuerte no dejan de estar reguladas en algunos aspectos, lo mismo puede decirse sobre los conceptos jurídicos indeterminados en general, que si bien están evidentemente limitados en su extensión semántica como todo concepto, son concretizados a través de un enjuiciamiento del operador jurídico que lo lleva a elegir entre varias opciones posibles, resultando por lo tanto de carácter “débil” la discrecionalidad que ejerce.⁴⁷⁹

*El uso de conceptos indeterminados implica la incapacidad de la autoridad relevante — Constituyente, legislador o mero regulador— para dar contenido preciso a sus disposiciones y, más importante aún, su autorización para que sea el operador quien se los otorgue en un caso concreto;*⁴⁸⁰ ha resuelto “abandonar” al juez la interpretación de tales conceptos, es decir la precisión de su contenido para el caso concreto.⁴⁸¹ Lo anterior es particularmente importante

⁴⁷⁶ Desde el positivismo Hart dice que en los “casos difíciles” relativos a su zona de transición, “la autoridad que elabora la regla [con base en conceptos jurídicos indeterminados] *tiene* que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema [...] como si hubiera una única respuesta correcta”; *op. cit.*, nota 353, p. 164 (cursivas añadidas). Ehmke concluye que el resultado de la teoría imperante sobre conceptos jurídicos indeterminados, basada en la idea de mera subsunción, es “aprobar con certeza la justificación de un reducido control por parte de los tribunales administrativos”, y que distinguir entre “discrecionalidad” y aquéllos “no sólo carece de fundamento teórico, sino también es prácticamente inútil (*unbrauchbar*)”; *cfr. op. cit.*, nota 370, pp. 191 y 194. Aun los profesores García de Enterría y Fernández no parecen dar una respuesta definitiva, al decir que la “única solución justa” que admiten los conceptos jurídicos indeterminados “no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer [...] la calificación a la que el concepto apunta”, lo que no desliga su apreciación de la libertad de acción del operador jurídico, y reconocer que aun los poderes discrecionales están regulados en algunos aspectos, en especial su finalidad; *cfr. op. cit.*, nota 218, pp. 454 y 457-458.

⁴⁷⁷ Guastini, *op. cit.*, nota 456, *passim*.

⁴⁷⁸ *Cfr.* Dworkin, *op. cit.*, nota 115, pp. 31-33 y 69.

⁴⁷⁹ *Cfr.* García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 218, p. 454; Dworkin, *op. cit.*, nota 115, p. 31; y Larenz, *op. cit.*, nota 150, p. 292.

⁴⁸⁰ Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, p. 136; Kelsen, *op. cit.*, nota 50, p. 79; y Sagüés, *op. cit.*, nota 37, pp. 45-46. *Cfr. supra*, nota 353. Tal es la misma idea a que tiende la distinción dworkiniana entre “conceptos” y “concepciones” (véase *op. cit.*, nota 115, pp. 134-137), que también se expresó en *McCulloch v. Maryland*: “Que esta idea sostuvieron los redactores de la Constitución americana no se infiere sólo por la naturaleza del instrumento [constitucional] sino también por el lenguaje. ¿Por qué otra razón se introdujeron algunas de las limitaciones que se encuentran en la novena sección del artículo primero? Esto también se garantiza en algún grado al haber omitido el uso de algún término restrictivo que impidiera que reciban una interpretación justa y precisa” (*supra*, nota 358).

⁴⁸¹ *Cfr.* Bleckmann, Albert, “Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 10, 2002, p. 943.

para la jurisdicción constitucional y su actividad interpretativa, ante la llamada objeción contramayoritaria.⁴⁸²

Esta delegación del Constituyente al operador judicial (especialmente) de la concretización de sus disposiciones indeterminadas, obedece a un “dictado de eficiencia” de la “lógica económica implícita” de la ley fundamental: a través de ella facilita la aplicación de sus preceptos, dándoles una flexibilidad que les permite adaptarse a varias situaciones, lo que conlleva que el Constituyente asume el costo democrático de esa operación no determinada completamente por él.⁴⁸³ A primera vista, pareciera que la “autorización” del legislador a los jueces para dar contenido preciso a los conceptos abiertos que utilice en el texto a interpretar, implicaría su permiso para que *ad libitum* les dieran el sentido que quisieran; pero tal creencia es exagerada: la discrecionalidad ejercida por los jueces constitucionales es “tendencialmente cognoscitiva”, lo cual indica que no es del tipo “fuerte” referido por Dworkin: una caracterizada por que “[la] decisión no se determina por un parámetro anteriormente suministrado”.⁴⁸⁴ La discrecionalidad judicial es, en la clasificación de este autor, de carácter “débil” porque sí posee límites y criterios que la orientan,⁴⁸⁵ consistentes esencialmente en los términos del Constituyente que orientan materialmente la decisión de los juzgadores y sus límites semánticos, y así ella “no es más alarmante que la [...] de la jurisdicción ordinaria” sino que resulta “como la de cualquier otro juez”.⁴⁸⁶ Conviene traer además las palabras de Marshall, aunque todavía fuertemente inspiradas por una concepción de la función jurisdiccional cercana a la doctrina de Montesquieu —como corresponde por su cercanía temporal—, pero ya realizando un intento por justificar el uso de las precisiones original y exclusivamente judiciales en la interpretación jurídica:

Los tribunales son meros instrumentos de la ley y no pueden tener voluntad (*can will nothing*). Cuando se dice que ejercen discreción, se trata de *una mera discreción legal, una discreción a ejercerse discerniendo el curso prescrito por la ley; [...]*. El poder judicial nunca se ejerce con el fin de dar efecto a la voluntad del juez; siempre para dárselo al de la legislatura o, en otras palabras, a la de la ley.⁴⁸⁷

Las decisiones interpretativas jurídicas encuentran parámetros de corrección inicialmente en la amplitud semántica propia de los términos de su texto, en cuya virtud se pueden relacionar analógicamente la norma obtenida por la interpretación de los signos usados en la disposición legal,⁴⁸⁸ y en el contexto normativo relevante al caso en que se apliquen, que restringe en mayor o menor grado la discreción del intérprete.⁴⁸⁹ De este modo nos encontramos ante una “concepción [jurídica] modestamente objetiva, que asume una dosis

⁴⁸² Véase *infra*, cap. cuarto, § II.2.

⁴⁸³ Cfr. Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000, pp. 502, 504 y 577-579.

⁴⁸⁴ *Op. cit.*, nota 115, p. 33

⁴⁸⁵ “La discreción no es ilimitada (*unconfined*) y vagabunda; se canaliza entre bancos que impiden su desbordamiento”, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 440 (1935) (aunque refiriéndose a la discrecionalidad legislativa, no a la judicial o administrativa).

⁴⁸⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 74, pp. 64-66.

⁴⁸⁷ *Osborn v. Bank of United States*, 22 U.S. (9 Wheaton) 738, 866 (1824) (cursivas añadidas).

⁴⁸⁸ Véanse Moreso, *op. cit.*, nota 108, p. 221; y *supra*, cap. primero, § II.4.

⁴⁸⁹ Cfr. Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, p. 35.

limitadas de indeterminación de la interpretación jurídica y, más concretamente, de la interpretación constitucional”.⁴⁹⁰

Esto último tiene una particular importancia para el control de las decisiones interpretativas de dichos conceptos y de su aplicación a hechos específicos. Si es el operador jurídico —para nuestro objeto: un tribunal constitucional— quien establece en concreto su contenido, no puede ser criticable que utilice para ello sus propios elementos de apreciación axiológicos y empíricos, porque está en libertad de elegirlos para dar precisión al concepto de que se trate el caso, y son confiados a su personal entendimiento y juicio, sino lo sería únicamente que la decisión alcanzada corresponda o no a los caracteres esenciales de dicho concepto que resulta objeto de revisión, a la luz de la pretensión de corrección que todo discurso argumentativo jurídico debe mantener para su racionalidad.⁴⁹¹

Lo mismo puede decirse de los conceptos esencialmente controvertidos, que pueden erigirse en una especie de conceptos jurídicos indeterminados por carecer de un sentido preciso y unívoco, cuya complejidad y trascendencia social los vuelven dinámicos y sometidos a una constante discusión. Pese a su alto grado de indeterminación —no sólo semántico sino histórico, cambiante en el transcurso del tiempo—, no todo desacuerdo a su respecto es tan extremo que siempre y en todo aspecto sean debatibles; conceptos tan abiertos como “libertad” y “dignidad” pueden acotarse en determinados contextos por las argumentaciones que sostengan las decisiones interpretativas correspondientes, y así lograr acuerdos al menos en lo que elementalmente signifiquen. Al igual que sucede con los conceptos simplemente indeterminados, su mismo empleo implica la incapacidad del autor del texto en que se usan, de dar precisión casuística a sus disposiciones o incluir hipótesis inéditas, aunque esté más definida la idea que refieren que en aquéllos.⁴⁹²

La elevada densidad de principios en los textos constitucionales y la diferente metodología que éstos requieren para ser aplicados, muy diversa a la simple subsunción empleada para las reglas, generalmente hace inconveniente —e insuficiente al considerar sus expresiones vagas— una metodología puramente silogística en la aplicación de las disposiciones fundamentales. La versatilidad —por no decir relativismo— y la carga ética de los principios, a diferencia de la rigidez y limitados alcances de las reglas, provoca que la metodología del positivismo jurídico tradicional sea inapropiada para aquéllos y que el mismo defecto tengan los “métodos” de interpretación puramente lingüísticos para concretizarlos en enunciados jurídicos regulares aplicables a un caso concreto; corresponde a normas jurídicas como los principios, una metodología flexible como la *ponderación*, basada en la razonabilidad más que en la formalidad, que permita darles la ductibilidad —en la feliz expresión de Zagrebelsky— que su naturaleza les impone y conviene a una sociedad pluralista.⁴⁹³ De la interpretación de los principios constitucionales para su concretización y ulterior aplicación concreta, en especial a las colisiones entre ellos, nos ocuparemos adelante con mayor detalle.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Moreso, *op. cit.*, nota 108, p. 238.

⁴⁹¹ *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 414, p. 165; Dworkin, *op. cit.*, nota 115, p. 136, n. 1; Hesse, *op. cit.*, nota 52, p. 242; y Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., México, Fontamara-UACH, 2002, p. 53.

⁴⁹² *Cfr.* Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 383, p. 276; y *supra*, nota 480.

⁴⁹³ *Cfr.* Alexy, *loc. cit.*, nota 414; Larenz, *op. cit.*, nota 150, p. 466; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 79, pp. 110 y 123; Guastini, *op. cit.*, nota 456, pp. 142-147; y Pozzolo, *op. cit.*, nota 403, pp. 193 y 196.

⁴⁹⁴ *Infra*, cap. quinto, § II.3.

V. ORIGINALISMO Y CONSTITUCIONALISMO VIVIENTE

1. *Consideraciones preliminares*

El tópico que a continuación expondremos tiene que ver con la Constitución como ordenamiento de la *vida (social) humana*, en el plano temporal,⁴⁹⁵ que comparte con cualquier otro elemento del sistema jurídico; la médula del tema es la tensión de los valores jurídicos fundamentales de seguridad y justicia, o dicho desde otra posición más adecuada al enfoque que le daremos: la existente entre conservación y cambio, insuperable mediante una fórmula sencilla, universalmente aplicable.⁴⁹⁶ Pero la presente no es una controversia exclusiva de la interpretación constitucional y ni siquiera de la jurídica en general; puede tenerse como una especificación en este campo de la misma tensión que se dio en la hermenéutica entre una posición positivista que afirmaba la “significación original de los textos” postulada por Rickert y Dilthey, a la cual criticó y se enfrentó una posición romántica para la que el sentido del texto era el atribuido por el intérprete dentro de su particular situación histórica, defendida por Ricœur y Gadamer.⁴⁹⁷

Las normas jurídicas son un instrumento para dar certeza a los integrantes de la sociedad, sobre las expectativas de conducta de los demás y para prever las consecuencias de la propia; dar confianza y certidumbre a la vida social, es no sólo un objetivo importante sino un elemento esencial para hablar de un orden de derecho.⁴⁹⁸ Para lograr esta certeza, el orden jurídico en general evidentemente debe caracterizarse por una pretensión de *permanencia* a través de la estabilidad e inmutabilidad de su contenido.

Sin embargo, el derecho no es un conjunto normativo carente de referencia a la realidad que busca ordenar; existe *para* dicha realidad y no se trata de un orden creado por prurito especulativo.⁴⁹⁹ Si bien el derecho está llamado a imponerse en la vida social, recibe de ésta constantes alimentación y estímulo sobre su contenido material para modificarlo, completarlo y perfeccionarlo; la vida social como cualquier otra es “movimiento ininterrumpido y una transformación igualmente incesante” y ese curso histórico influye en el contenido del derecho y provoca que éste aprecie el valor del sentido de esa evolución de la realidad, lo haga suyo y lo establezca normativamente.⁵⁰⁰

La *disposición al cambio* es entonces absolutamente indispensable para que las instituciones jurídicas sean, paradójicamente, instrumento eficaz para *mantener la paz y el orden en la sociedad, lo que finalmente redundará en la certeza cuya garantía le es misión esencial*, pues precisamente en la anarquía a la que se oponen aquellos valores radica la máxima incertidumbre como negación de la existencia del derecho y, por ello, aun a su misma

⁴⁹⁵ “[L]a diferencia entre los dos puntos de vista que analizamos depende en gran medida de la relevancia que se atribuye al elemento histórico-temporal. La nomostática representa una aproximación *sincrónica* en tanto observa la situación jurídica como si fuera, por así decir, ‘cristalizada’ en las normas que son válidas en un determinado instante; la nomodinámica, al contrario, representa una aproximación *diacrónica*, en cuanto observa los cambios jurídicos que se verifican en el curso de un periodo de tiempo dado”, Luzzati, Claudio, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 35-36 (cursivas en el original).

⁴⁹⁶ Véase Radbruch, *op. cit.*, nota 279, 43-45.

⁴⁹⁷ Cfr. Salcedo Aquino, *op. cit.*, nota 230, pp. 69-70; y *supra*, cap. primero, nota 87.

⁴⁹⁸ Cfr. Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 15, p. 220; y Jellinek, *op. cit.*, nota 50, pp. 230 y 348.

⁴⁹⁹ Cfr. Carretero Sánchez, Santiago, *Controversia sobre el criterio sociológico de interpretación de las normas*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2000, p. 13.

⁵⁰⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 324 y 329.

supervivencia.⁵⁰¹ Por tal motivo son indispensables las —bautizadas por Hart— “reglas de cambio” que hacen posible la evolución del sistema jurídico y la renovación de sus normas, a fin de impedir que sea completamente estático y deje de reaccionar ante los cambios sociales, aislándose de ellos.⁵⁰²

La sola consciencia de la posibilidad de transformaciones en las relaciones sociales y su consideración para modificar las fuentes primarias del derecho, no basta a una exacta correspondencia entre derecho y realidad. La celeridad con que espontáneamente se dan superan por mucho la que pudiera tener el derecho para modificar su contenido y responder a ellas,⁵⁰³ el sigilo con que se ellas se realizan en muchos casos y la complejidad de los procesos políticos y jurídicos de renovación jurídica, son los factores que producen este inevitable desfase entre orden jurídico y realidad social.

Los cambios sociales son más susceptibles de presentarse inéditamente a los tribunales antes que a los agentes inmediatamente responsables del contenido del derecho —como el legislador—, como indicios de la incipiente dirección de la realidad social; a la judicatura se presenta con especial dificultad la antedicha tensión y su solución origina debates aún más complejos que para otros operadores, considerando que *prima facie* la función jurisdiccional tiene especialmente un perfil conservador, aunque no en un sentido necesariamente ideológico y peyorativo.⁵⁰⁴ Precisamente los jueces, que carecen de poder para modificar formalmente las normas preestablecidas que deben aplicar, enfrentan una particular problemática en la necesidad de decidir entre favorecer la estabilidad jurídica mediante la conservación de un *statu quo* inadecuado o lograr, rompiendo con la tradición, una solución satisfactoriamente justa ante la novedad del caso concreto;⁵⁰⁵ ante tal dilema no pueden esperar los tribunales la puntualidad del cambio formal de las fuentes jurídicas —lo que incluso tendría implicaciones para el mismo valor de justicia al llevar consigo la retroactividad de la ley—, sino solamente tienen como herramienta su facultad de darles significado, o sea su *interpretación*.⁵⁰⁶

El inevitable —por único— recurso de los jueces a la interpretación para salvar la distancia entre derecho y realidad, nos pone la posibilidad de escoger entre dos diferentes y aparentemente contradictorias ideologías⁵⁰⁷ sobre la misma: la *estática* y la *dinámica*, trascendentemente influyentes en el resultado interpretativo y en la forma en que éste normará la realidad social. Como es fácil imaginar, la ideología estática privilegia valores jurídicos como certeza, estabilidad, predictibilidad; por el contrario, para la dinámica es relevante

⁵⁰¹ Cfr. Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 2a. ed., trad. de Vicente Herrero, México, FCE, 2004, pp. 20-23 y 252-253; y Jellinek, *op. cit.*, nota 50, pp. 337 y 349.

⁵⁰² Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 70, p. 438.

⁵⁰³ Opinión correlativa a la tesis de que el legislador no puede prever todos los casos relacionados con la disposición que habilita o las particulares circunstancias de éstos, que siendo válida para el presente *a fortiori* lo sería para el futuro. Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 55, p. 668; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 70, p. 475.

⁵⁰⁴ Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, pp. 48-49 y 51-52.

⁵⁰⁵ Cfr. Carretero Sánchez, *op. cit.*, nota 499, pp. 87-88; y Luzzati, *op. cit.*, nota 495, pp. 81-82 y 85.

⁵⁰⁶ Cfr. Menéndez Menéndez, Aurelio, “Sobre lo jurídico y lo justo”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 88-89.

⁵⁰⁷ Al hablar de interpretación jurídica “estática” o “dinámica”, no se refieren diversas técnicas interpretativas o tipos de interpretación —como la extensiva o restrictiva— o bien concepciones discrepantes sobre la inclusión o exclusión de todo elemento fáctico de la aplicación jurídica, sino *en principio* a “dos diferentes puntos de vista teóricos desde los cuales se puede estudiar un mismo fenómeno jurídico”; la colocación en uno de ellos provoca una cierta percepción del fenómeno interpretativo, un enfoque (*accostamento*) del mismo, que comprende sus propias valoraciones determinantes de la selección de criterios interpretativos y, por lo tanto, constituiría una *ideología* de la interpretación jurídica y sus fines. Cfr. Luzzati, *op. cit.*, nota 495, pp. 82-84 (cursivas en el original del texto transcrito).

adaptar el derecho a la vida social, es decir atender en su interpretación al “contexto funcional de las reglas legales” en el cual éstas operarán.⁵⁰⁸

El derecho constitucional desde luego no es ajeno a la dicotomía conservación-cambio. Ciertamente sostiene con mayor intensidad una pretensión de permanencia⁵⁰⁹ por el grado de rigidez en la modificación de su fuente primaria, el texto constitucional, que garantiza su supremacía frente al legislador;⁵¹⁰ pero la Constitución asegura su correspondencia con la realidad social mediante la posibilidad de que se modifique su texto para adaptarse a las necesidades políticas de la colectividad, atendiendo a que los riesgos producidos entre la divergencia entre la normatividad jurídica y la facticidad a que debe aplicarse, se agravan tratándose de la ley fundamental como ordenamiento básico de la vida social.⁵¹¹

Por este último motivo, la problemática que enfrentan los jueces constitucionales —pero también otros operadores como el legislador— ante realidades sociales para las cuales la interpretación actual de la Constitución, o incluso sus disposiciones textuales, no responden de una manera justa y adecuada, hace aún más relevante su posible ubicación en una ideología estática o dinámica de la interpretación constitucional y la solución a ese dilema. Ambas ideologías se traducen en materia constitucional —aunque no con plena exactitud— en las doctrinas del “originalismo” y de la “Constitución viviente” que expondremos en el siguiente epígrafe para exponer su pensamiento, a fin de que posteriormente nos aboquemos resolutivamente al problema que representa para la interpretación constitucional la cambiante realidad social a falta de una revisión de la ley fundamental que la adecue a ella.

2. *La interpretación constitucional en perspectiva histórica*

A. *Originalismo*

A pesar de sus variedades, esencialmente el “originalismo” puede definirse como una corriente que postula una interpretación de la Constitución ceñida a encontrar el significado que quisieron o pudieron darle sus autores *al momento de crearla*, es decir a la intención constitucional “original”, dando gran relevancia a su texto y a las fuentes históricas que pudieran esclarecer dicha intención, con la finalidad de impedir la actividad arbitraria de los jueces en especial e impedir que cambien con su interpretación el contenido constitucional,⁵¹² la Constitución, desde este punto de vista, pasaría por una especie de “testamento” del Constituyente, cuyos “albaceas” serían los jueces constitucionales.⁵¹³ El término que designa a esta postura fue popularizado por Edwin Meese —procurador del presidente norteamericano

⁵⁰⁸ Wróblewski, *op. cit.*, nota 2, pp. 63, 72 y 75; y Luzzati, *op. cit.*, nota 495, pp. 79-80.

⁵⁰⁹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819); y *Legal Tender Case*, 110 U.S. 421, 439 (1884).

⁵¹⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 188-189; Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 367-368; y Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2003, pp. 5-7.

⁵¹¹ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 27, pp. 234-237; y Burgoa, *op. cit.*, nota 25, p. 378. Ningún modelo constitucional prevé la total y absoluta inmutabilidad del texto fundamental sino, cuando mucho, de decisiones políticas fundamentalísimas como el gobierno republicano o la división del poder; cfr. Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, pp. 31-32.

⁵¹² Cfr. Whittington, Keith E., *Constitutional interpretation. Textual meaning, original intent and judicial review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999, p. 35 y 39-40; Dworkin, *op. cit.*, nota 271, p. 149; y Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, pp. 40-41.

⁵¹³ Cfr. Sagüés, *op. cit.*, nota 37, p. 31.

Reagan— y defendido por Robert Bork —“el malogrado (*unsuccessful*) candidato de Reagan a la Suprema Corte”—.⁵¹⁴

El originalismo es en realidad una formulación constitucional de la teoría univocista u objetivista⁵¹⁵ de la interpretación jurídica; para él es fundamental la idea de que el Constituyente es el *único* sujeto con autoridad para expedir y delinear las normas constitucionales. Son por lo tanto dos los principales argumentos, íntimamente ligados, que lo defienden: su adecuación a la forma escrita de la Constitución y, en especial, la garantía que supuestamente representaría para el imperio de la soberanía popular expresado en la Constitución —se presenta así, de nuevo, la objeción contramayoritaria en una faceta diferente—. ⁵¹⁶

De acuerdo con el originalismo, el texto constitucional —así como cualquier otro documento jurídico— pretende transmitir la intención del Constituyente para regir en sus aspectos fundamentales la vida política y social, con el propósito de alcanzar ciertos fines y resultados; de ahí que el texto constitucional sea su objeto primordial y no que la búsqueda de una más o menos etérea “voluntad” sirva de pretexto para soslayar el lenguaje del texto fundamental,⁵¹⁷ una de las principales objeciones que implícita o explícitamente se le han opuesto.⁵¹⁸ De ahí que para encontrar la verdadera intención constitucional sea preciso hacer referencia al contexto histórico en que se formularon sus disposiciones, con un esfuerzo mayor o menor, y sin importar la indeterminación de sus términos que no puede ser escépticamente radicar ni justificar que se renuncie a la búsqueda de la primigenia y auténtica intención de los autores de la Constitución.⁵¹⁹

Encontrar esta intención original no es facultativo sino imperativo para el “verdadero” intérprete según el originalismo, debido a que la Constitución es obra de la soberanía popular y además tiene una vocación de permanencia en el tiempo;⁵²⁰ para esta corriente, ya que la Constitución es “derecho” y por consiguiente la expresión de la autoridad jurídica de su creador, su (verdadero) significado sólo podría ser el que éste quiso expresar al momento establecerla, porque el derecho es un conjunto de normas “que no nos está permitido cambiar salvo a través de los procedimientos prescritos [para ello]”.⁵²¹ Dentro del sistema democrático de división del poder, los tribunales tienen un poder constituido y delegado al igual que las demás ramas del gobierno, en tanto que sólo al pueblo corresponde el poder soberano y la posibilidad de cambiar o modificar las normas que con él dicte; en tal virtud, la búsqueda de la primigenia intención constitucional como representación de un consenso ciudadano, para aplicarla a los casos que debe resolver, es una obligación y un límite a la actividad de todo

⁵¹⁴ Cfr. Rotunda, Ronald D. y John E. Nowak, *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999, vol. 5, p. 227; y Dworkin, *op. cit.*, nota 271, p. 149.

⁵¹⁵ Véase *supra*, cap. primero, § II.3.A. “Como un especial acto de escritura, la Constitución tiene un significado transmitido a través de su texto; la prueba para el intérprete es descubrir ese significado”, Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 109.

⁵¹⁶ Véase *ibidem*, pp. 50 y 110-112; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, p. 656.

⁵¹⁷ Whittington, *op. cit.*, nota 512, pp. 59-60.

⁵¹⁸ Véase Scalia, *op. cit.*, nota 24, pp. 18-23. El autor citado refiere, como ejemplo de perversión de la “intención legislativa”, la afirmación de la Suprema Corte norteamericana en el sentido de que “[e]s una regla usual, [entender] que una cosa puede estar en la letra de la ley y aún así no estar en la ley, porque no [está] en su espíritu ni en la intención de sus creadores”, expresada en *Church of the Holy Trinity v. United States* (143 U.S. 457, 458-459 [1892]). Los términos anteriores se repiten en *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 273 (1904).

⁵¹⁹ Whittington, *op. cit.*, nota 512, pp. 61-62.

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 61 y 152-159.

⁵²¹ Bork, Robert, *The tempting of America*, 1991, pp. 143-144, citado en Rubinfeld, *op. cit.*, nota 63, p. 205.

intérprete judicial, pues dar al texto constitucional un significado que no coincida con su intención original equivaldría a una usurpación del poder constituyente.

El originalismo —y por lo tanto la postura teórica que representa— es casi exclusivo del constitucionalismo norteamericano y en Europa es “virtualmente inexistente”,⁵²² Lo anterior se explica por la “mitología”⁵²³ que rodea a la Constitución norteamericana, de la que forman parte los “atributos cuasidivinos” con que más o menos vehementemente los partidarios de esta corriente revisten a sus autores, los *founding fathers*,⁵²⁴ que ha hecho a la práctica jurisprudencial norteamericana recurrir a fuentes históricas como *El Federalista*⁵²⁵ y con mucha menor frecuencia a la Declaración de Independencia.⁵²⁶

Aunque sin desconocerla como una posición seria, digna de discutirse precisamente por arraigarse en la teoría objetivista tradicional de la interpretación jurídica, particularmente la de procedencia jurisdiccional,⁵²⁷ no puede apartarse al originalismo del sesgo político que se le ha dado al usarlo como argumento para criticar la actuación (política) de la Suprema Corte y ensalzar la voluntad original del Constituyente, habida cuenta de que sus más conocidos adalides se han abocado a defenderla en ese contexto.⁵²⁸

B. Constitución viviente

El antípoda del originalismo es la doctrina, también norteamericana y defendida especialmente por Michael Perry —aunque su denominación proviene de la obra de Howard

⁵²² “De primera impresión, este contraste resultaría paradójico; ¿no sería más razonable esperar mayor confianza en la intención original en España cuya Constitución vigente tiene poco más de veinticinco años, que en los Estados Unidos cuya Constitución tiene casi doscientos veinte? Es decir, ¿no es más relevante la intención del Constituyente si comparte una perspectiva contemporánea con los jueces que deben interpretar la Constitución y con los ciudadanos que tienen que vivir con las consecuencias de dichas interpretaciones?”, Rosenfeld, *loc. cit.*, nota 516.

⁵²³ De la que también se ha hecho partícipe a la Suprema Corte, según apunta García de Enterría: “Hay incluso toda una mitología religiosa: La Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbel Palace’, en el palacio de Mármol [*sic*] donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad”; *op. cit.*, nota 283, p. 127 (cursivas añadidas).

⁵²⁴ Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 656-657; “...*the enlightened patriots who framed our constitution...*”, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheaton) 1, 188 (1824). En un intento por racionalizar la “sabiduría” del Constituyente, se ha afirmado que éste, como cualquier otro legislador, establece sus mandatos en el texto constitucional, sin complicarse con los “intereses momentáneos” y los “entusiasmos transitorios” que surgirían en los casos concretos, teniendo en consecuencia una visión menos “limitada”, aunque no puede en todo momento dejar de hacerse referencia a la elevada autoridad moral y política de los redactores constitucionales, en razón de la cual el intérprete debe esforzarse en hallar su voluntad y guardarla; *cfr.* Whittington, *op. cit.*, nota 512, pp. 217-219 y *passim*.

⁵²⁵ “Apoya también a este punto de vista uno de los números del Federalista, que siempre se ha tenido [...] como la intención y el significado verdaderos de las disposiciones de nuestra ley fundamental”, *Transportation Co. v. Wheeling*, 99 U.S. 273, 280 (1879); véanse también *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 418-419 (1821) y *Pollock v. Farmers’ Loan & Trust Co.*, 158 U.S. 601, 627 (1895); como un ejemplo contemporáneo de recurso a esos documentos históricos, véase *C & A Carbone, Inc. v. Clarkstown*, 511 U.S. 383 (1994). Aunque debe señalarse que la adhesión norteamericana a las opiniones de *El Federalista* no ha sido absoluta, pues aun inicialmente la Corte norteamericana ha reservado a los tribunales el “derecho a juzgar sobre su corrección”; *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 433 (1819).

⁵²⁶ Rotunda y Nowak, *op. cit.*, nota 514, vol. 5, pp. 274-275.

⁵²⁷ Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 197.

⁵²⁸ *Cfr.* Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 637-638; y *supra*, nota 514.

Lee McBain (1927)—,⁵²⁹ de la llamada “Constitución viviente (*living constitution*)”, que no sólo ha encontrado adeptos en su país de origen sino también con diversos matices en otras latitudes, por lo “fascinante” que es tener a la ley fundamental como “algo vivo”.⁵³⁰ Para esta corriente, “la Constitución *se transforma y se recrea constantemente* [mediante su interpretación], nutriéndose de conductas y de creencias comunitarias en valores e ideologías que modifican continua y perpetuamente su contenido”,⁵³¹ para tener una flexibilidad acorde con el curso de la historia y el cambio social, opuesta a la rigidez que le impondría el originalismo y su referencia a las intenciones del Constituyente.⁵³² Por su prolongada existencia, la Constitución norteamericana puede tenerse como “viviente” en tanto burdamente se dice que “ahora no es la misma” que comenzó a regir en 1789, dada la mutación que ha sufrido a lo largo de las dos centenas de su vigencia, a través de su interpretación jurisdiccional.⁵³³

Como principal justificación de la interpretación evolucionista de la Constitución se presenta un argumento de orden democrático, según el cual resultaría contrario a dicha forma de gobierno que una generación atenga a otra futura a sus convicciones y decisiones.⁵³⁴ Este argumento implica el llamado “problema de la mano muerta”, consistente en que “[e]l gobierno por el consentimiento de los gobernados tiene que basarse en una ‘Constitución viviente’, no en una que restringe la voluntad popular como ‘una mano muerta del pasado (*dead hand from the past*)’”.^{535 y 536}

⁵²⁹ Rehnquist, William H., “The notion of a living Constitution”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, Mass., vol. 29, núm. 2, primavera de 2006, pp. 401-402; y Sagüés, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y ‘Constitución viviente’ (*living constitution*)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, p. 1017.

⁵³⁰ Walter, *op. cit.*, nota 108, pp. 517-518. “La Constitución debe concebirse como un instrumento viviente que es válido interpretar a la luz de las relaciones actuales”, Limbach, *op. cit.*, nota 201, p. 32.

⁵³¹ Sagüés, *op. cit.*, nota 37, p. 32 (cursivas añadidas). “El tiempo produce cambios, trae a la existencia nuevas condiciones y propósitos; por lo tanto un principio, para ser vital, tiene que ser capaz de una aplicación más amplia al mal (*mischief*) que lo parió. Esto es peculiarmente cierto de las Constituciones; ellas no son actos (*enactments*) efímeros, diseñados para conformarse a ocasiones pasajeras”, *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910). “La Corte reconoció en [el caso *Weems*] que los términos de la [octava] enmienda no son precisos y que su alcance no es estático. La enmienda tiene que obtener (*to draw*) su significado, de los parámetros evolutivos de moralidad (*decency*) que marcan el progreso de una sociedad en maduración” y por eso puede decirse que los de la Constitución son “principios vivientes”, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100-101 y 103 (1958). También con base en el primer precedente citado, algunos *Justices* señalaron que “[e]stamos construyendo una Constitución viviente” (*Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 307 [1980] [Powell, Brennan, Marshall y Stevens, disidentes]).

⁵³² *Cfr.* Scalia, *op. cit.*, nota 24, p. 41; y Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 196.

⁵³³ *Cfr.* Raz, *op. cit.*, nota 44, p. 169; y Da Silva, José Afonso, “Mutaciones constitucionales” (trad. de María del Pilar Hernández), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 17.

⁵³⁴ Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, p. 27. Véase también Sagüés, *op. cit.*, nota 529, pp. 1020-1021.

⁵³⁵ Whittington, *loc. cit.*, nota 532; véase también Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 298, pp. 71-72. Puede agregarse que “[l]a obediencia al legislador histórico no se encuentra hoy muy justificada, porque no es más que un residuo de la antigua obediencia personal que se debía al príncipe, o más tarde al soberano”; Carretero Sánchez, *op. cit.*, nota 499, p. 87.

⁵³⁶ Los orígenes de esta postura llegan a la discusión sobre la posibilidad de reforma constitucional y la transitoriedad —sea más o menos prolongada— del pacto constitucional que sustentó el marqués de Condorcet, a quien siguieron Paine y Jefferson —conocido de aquél por su misión diplomática en París— pero perfeccionando el pensamiento del francés y llevándolo a términos “muy reales y prácticos” con la “teoría del derecho de los vivos (*consent of the living*) en oposición a los derechos de los muertos cuya encarnación se censura a la rigidez constitucional”; aunque esta doctrina se dio en torno a la modificación del texto constitucional, sus bases

El constitucionalismo viviente está íntimamente ligado con la *legitimidad substancial*⁵³⁷ de la Constitución, de inspiración rousseauiana, y su vigencia como un ordenamiento normativo de la sociedad.⁵³⁸ Para ser legítima en sentido material, la Constitución debe contar por lo menos con la conformidad de los actuales integrantes de la colectividad y el deseo de éstos de que sus normas rijan las relaciones políticas y sociales, porque consideren que brindan a los problemas que surjan respecto a éstas, soluciones adecuadas y que correspondan a las aspiraciones que el consenso de la población mantenga.

En tal virtud, una interpretación de la Constitución arraigada en convicciones hieráticas de las que discrepe la sociedad actual, daría lugar a un orden jurídico fundamental carente de apoyo social y consecuentemente ilegítimo en el sentido apuntado, que difícilmente lograría eficacia como regulador de la vida social, por la falta de cumplimiento por parte de sus destinatarios; por lo tanto, precisamente para mantener la vigencia constitucional, su contenido debe perfilarse a través de la interpretación para estar de acuerdo con el cambiante curso de las expectativas sociales y lograr el apoyo de la población, que la legitimaría para ser el instrumento normativo de la vida social. De este modo, como es propio de un punto de vista jurídico dinámico —radical, si se quiere—, la validez de las normas constitucionales dependería de su “*continuum* histórico”.⁵³⁹

Con una mayor precisión, puede hablarse de dos tendencias del vitalismo constitucional.⁵⁴⁰ La primera, que se ha llamado la “versión Holmes” debido que la expresó ese *justice* norteamericano en una de sus resoluciones,⁵⁴¹ admite simplemente que a través del amplio lenguaje de la Constitución, sus autores “dejaron a las generaciones sucesivas la tarea de aplicar ese lenguaje al entorno incesantemente cambiante en el cual ellos vivirían”, es decir sencillamente admite un acomodamiento del significado constitucional a las circunstancias actuales.⁵⁴² La segunda, una “Constitución viviente furiosa (*with a vengeance*)”, hace de los tribunales la “conciencia de la sociedad contemporánea” y los impele a dar a los problemas y cuestiones sociales, las soluciones que los demás poderes han fallado en proporcionar o rehusado y que corresponden a los deseos de la misma “sociedad”.

Evidentemente, a la doctrina de la “Constitución viviente” en su última versión radical subyace una teoría no sólo subjetivista sino aun solipsista⁵⁴³ de la interpretación que, en una versión activista, no se contenta con admitir que el resultado de esa labor es de algún modo y en cierto grado creación del sujeto que la realiza, sino *promueve* que así sea para “elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las

esenciales pueden claramente también referirse a la interpretación del mismo. Véase Klein, *op. cit.*, nota 64, pp. 133-140.

⁵³⁷ Distinguible de una legitimidad “formal” que consistiría en que los autores de la ley fundamental hayan gozado de la representación política de la ciudadanía, titular de la soberanía y por lo tanto autorizada para dar la legislación básica. Sobre esta clasificación, véase Burgoa, *op. cit.*, nota 25, pp. 328-332.

⁵³⁸ *Cfr.* Sagüés, *op. cit.*, nota 529, p. 1023; Orozco Henríquez, *loc. cit.*, nota 340; y Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 498, pp. 301-303.

⁵³⁹ *Cfr.* Luzzati, *op. cit.*, nota 495, p. 31.

⁵⁴⁰ Rehnquist, *op. cit.*, nota 529, pp. 402-404 y 407-409.

⁵⁴¹ “[C]uando tratamos con palabras que también son un acto constituyente [...], tenemos que darnos cuenta de que han llamado a la *vida* a un ser cuyo desarrollo no pudo preverse completamente, aun por el más dotado de sus genitores (*begetter*). A éstos bastó considerar o esperar que habían creado un *organismo*; tomó un siglo y costó a sus sucesores mucho sudor y sangre probar que habían creado una nación”, *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920) (cursivas añadidas).

⁵⁴² Véase *supra*, nota 480.

⁵⁴³ Véase *supra*, cap. primero, § II.3.B.

valoraciones y creencias de la sociedad actual”, aun desligándose del texto constitucional.⁵⁴⁴ Esta posición teórica subjetivista implica, de acuerdo con sus críticos, el “abandono de la [‘verdadera’] interpretación” mediante un “total descuido por el significado descubrible del texto”,⁵⁴⁵ de modo que “para el evolucionista, [...] toda cuestión es abierta, cada día uno nuevo”,⁵⁴⁶ puesto que considera que no existe —ni debe haberlo— un significado original e inmanente de la Constitución al cual apegarse, sino que éste cambia según las intenciones y aspiraciones de la sociedad y el entendimiento que le da para ello, el cual es precisamente lo que la interpretación de la ley fundamental debe reflejar.⁵⁴⁷

3. Deficiencia de ambas posiciones clásicas

En sus versiones naturales el originalismo y el constitucionalismo viviente no sortean importantes objeciones que los descartan como salvaguarda simultánea de los valores jurídicos de certeza y justicia, que allane la perenne tensión entre ambos;⁵⁴⁸ por consiguiente, es preciso hallar una fórmula que satisfaga a dichos valores del modo más óptimo posible. Previamente a dar nuestra opinión sobre lo último, expondremos cuáles son los defectos que para alcanzar semejante objetivo presentan las posturas originalista y vitalista, lo que iniciaremos en el orden en que las desarrollamos en la sección inmediata anterior, para luego dar una visión panorámica sobre los mismos.

El propósito del originalismo, si se le quiere tener como una tesis específica de la interpretación jurídica, no puede ser más que dar con el significado del texto constitucional *según fue específicamente entendido por los constituyentes (originarios o revisores⁵⁴⁹) al establecerlo*,⁵⁵⁰ al cual nos referiremos en lo sucesivo como la “intención original subjetiva”. El originalismo perdería su identidad de no perseguir el objetivo de impedir que el intérprete seleccione, dentro de la gama de posibles interpretaciones del texto, una que no correspondiera a esa “intención original subjetiva”, implantando así una norma jurídica sin poseer la autoridad de los redactores de la Constitución”.

Suponiendo posible establecer con certeza la “intención original subjetiva” constitucional y aunque resulte de un simple “descubrimiento” y no sea “una construcción de la

⁵⁴⁴ Sagüés, *op. cit.*, nota 529, p. 1019.

⁵⁴⁵ Whittington, *op. cit.*, nota 512, pp. 197 y 200.

⁵⁴⁶ Scalia, *op. cit.*, nota 24, p. 46.

⁵⁴⁷ Tal fue lo sucedido en *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551 [2005]) que interrumpió el precedente establecido en *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361 [1989]) en el cual se interpretó que la Constitución permitía la aplicación de la pena capital a menores de dieciocho años, al reconocerse que luego de este último caso se desarrolló un “consenso nacional” contra la ejecución de delincuentes incluidos en dicha categoría.

⁵⁴⁸ *Supra*, nota 496.

⁵⁴⁹ *Cfr.* Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, p. 120. Véase *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 126 (1970).

⁵⁵⁰ Salvamos así la discusión de varios problemas que plantea el originalismo para su definición y en cuanto a la “intención original” *lato sensu* que constituye su objeto, muy conocidos para la teoría de la interpretación jurídica: ¿intención objetiva del texto o subjetiva de sus autores? y, dentro de éstos, ¿a sus redactores o a quienes lo aprobaron?, y tampoco a qué clase de intención: ¿general o específica?; bordeando además la dificultad sobre la existencia de una voluntad unívoca de órganos multipersonales, cuyos integrantes son generalmente de signo ideológico tan diferente y que en muchas ocasiones ni siquiera trabajan todos en conjunto por las actuales prácticas parlamentarias. Véanse Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, p. 659; Scalia, *op. cit.*, nota 24, pp. 29-37; Orunesu, Perot y Rodríguez, *op. cit.*, nota 114, p. 41; Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia, Carl Heymann, 2001, pp. 37-38; Troper, Michel, “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, pp. 41-43; y Moreso, *op. cit.*, nota 108, pp. 225-230.

interpretación⁵⁵¹ en la que influyan el intérprete y su subjetividad —aunque al originalismo bastaría su búsqueda honesta y objetiva, lo que se tiene como una ventaja frente al vitalismo constitucional⁵⁵²—. Salta a la vista la inconveniencia que tendría sostenerla dicha “intención original subjetiva”, para la adhesión colectiva que requiere la Constitución para su vigencia; en no pocas ocasiones sería vista como injusta —o, como mínimo, “políticamente incorrecta”— según los cambios generacionales en ámbitos políticos, sociales y morales, o los avances científicos.

Lo anterior se pone de manifiesto igualmente tratándose de Constituciones longevas como la norteamericana⁵⁵³ y aun en otras de menor edad como la alemana⁵⁵⁴ o la española.⁵⁵⁵ La legitimidad de una Constitución con una edad relativamente considerable, y por lo tanto su validez y su autoridad, *ya no pueden provenir de la de sus redactores* sino de otros factores como su constante aplicación en “las prácticas de sus países” y su permanencia “en los límites establecidos por principios morales” según éstos se entiendan en la actualidad; por lo que, si

⁵⁵¹ Cfr. Troper, *op. cit.*, nota 550, p. 43.

⁵⁵² “[Entre] los postulantes de la Constitución Viviente [...] no hay acuerdo, y tampoco oportunidad para él, sobre cuál debe ser el principio directivo de la evolución. [...] ¿A qué debe consultar el juez para determinar cuándo y en qué dirección ha ocurrido la evolución? ¿A la voluntad de la mayoría discernida de periódicos, programas radiofónicos de discusión, encuestas de opinión pública y charlas en el club campestre? ¿A la filosofía de Hume, John Rawls, John Stuart Mill o Aristóteles? Tan pronto la discusión va más allá de si la Constitución es estática, los evolucionistas se dividen en tantos campos como existen visiones individuales de lo bueno, lo verdadero y lo bello, [...] lo que significa que el evolucionismo simplemente no es una filosofía constitucional practicable.- [...] Pero al menos el originalista sabe qué busca: el significado original del texto”, Scalia, *op. cit.*, nota 24, pp. 44-45.

⁵⁵³ La jurisprudencia norteamericana, aunque normalmente expresa adhesión al originalismo, es un dechado de cambios jurisprudenciales generacionales —ahora “paradigmas de buena interpretación constitucional” (Dworkin, *op. cit.*, nota 271, p. 13)—: *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502, 523 [1934]) correspondiendo al *New Deal* de Roosevelt y echando abajo a *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 53 [1905]) sobre la libertad absoluta de contratación —en este último, laboral—; *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, *passim* [2003]) respecto a *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 [1986]), sobre homosexualidad; *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483, 488 [1954]) respecto de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537, 552 [1896]), prohibiendo la segregación racial escolar y eliminando la doctrina de “*separate but equal*”, institucionalizando así la opinión disidente del *justice* Harlan en este último caso; y sin olvidar, desde luego, el cambio sobre la esclavitud en los *Slaughterhouse Cases* (83 U.S. [16 Wallace] 36, 68-73 [1873]), sucesor —aunque luego de las enmiendas derivadas de la guerra civil— de la opinión en *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. [19 Howard] 393, 404-405 [1857]) que, basada precisamente en “la intención y el significado verdaderos” de la Constitución, afirmó que los esclavos africanos no eran ciudadanos sino en todo caso —aun emancipados— una categoría inferior. Véanse Balkin, Jack M., *Alive and kicking. Why no one truly believes in a dead Constitution*, 29 de agosto de 2005, <http://www.slate.com/id/2125226/>, en general; y para otro catálogo de precedentes interrumpidos, *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828, n. 1 (1991).

⁵⁵⁴ Como se dio sobre la igualdad entre hijos nacidos de matrimonio y naturales, ampliando el concepto de “familia” también a la que no se funda en el matrimonio (BVerfGE 25, 167 [195-197]; 44, 1 [18]; y 84, 168 [179, 185-186]) o la pena de prisión vitalicia que declaró el Tribunal Constitucional Federal como contraria a la dignidad humana garantizada por el art. 1.1 de la Ley Fundamental, por los daños físicos y psíquicos que produce según las “nuevas comprensiones (*Einsicht*)” médicas, psicológicas y sociológicas, sin que para esta decisión las motivaciones del Constituyente recibieran “incondicionalmente una importancia determinante” pues el contenido, la función y la eficacia de los derechos fundamentales se han “profundizado” (BVerfGE 45, 187 [227-228]). Véase Limbach, *op. cit.*, nota 201, pp. 30-31.

⁵⁵⁵ Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional al declarar ilícita la distinción entre el cónyuge supérstite y el sobreviviente de una convivencia *more uxorio*, basándose en el principio de Estado social y democrático de derecho que obliga “a la atención [...] de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”, e impone la protección constitucional no sólo a favor de la familia de origen matrimonial “por relevante que sea en nuestra cultura”, pues “[e]xisten otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma [de protección social, económica y jurídica de la familia]” (STC 222/1992, FF.JJ. 5 y 7).

acaso, la autoridad de los Constituyentes sólo puede ser invocada por razones psicológicas o como un mero auxiliar de la interpretación.⁵⁵⁶

El originalismo no ha podido dar desde su trinchera, definida en los términos anteriores, una respuesta satisfactoria a la necesidad constitucional de adaptación al cambio y a las necesidades sociales. Intenta hacerlo, o más bien se le racionaliza para ello, a través de una versión más flexible en la cual “la intención autoral sólo es significativa (*meaningful*) en tanto esté incorporada al texto”,⁵⁵⁷ diciendo que

Cada aplicación adicional bien puede extender nuestro inventario de conocimiento del texto, permitiéndonos percibir nuevas dificultades o implicaciones previamente ocultas y expandir nuestro inventario de significados particularizados que se comprenden en los términos generales del lenguaje textual. [...] Cada generación debe leer la Constitución para sí misma y sus preocupaciones, pero esas lecturas [históricamente] situadas no producen nuevos textos; más bien, *llenan el texto que siempre ha existido*. [...] Tales aplicaciones adicionales no sugieren que hemos ido más allá de la intención original del texto y tampoco que el significado del texto cambie con el curso del tiempo según se aplique a nuevos contextos.⁵⁵⁸

Como decíamos, esta última versión en realidad no puede tildarse de “originalismo” para señalar una particular tesis sobre la interpretación constitucional pues, como se aprecia, promueve que el fin de la interpretación sea hallar el significado “original” del *texto* constitucional,⁵⁵⁹ lo cual es tautológico:⁵⁶⁰ primeramente, porque dar significado “particularizado” al texto legal o constitucional para hacerlo aplicable a una situación concreta, aunque antes por su “dificultad” no se hubiera visto esa precisión semántica, está en la *esencia misma de la interpretación*; en segundo lugar, la reformulación hermenéutica del sentido del texto necesariamente debe provenir de algún modo de éste, o sea de su significado “original” o “verdadero” —por complicado que sea emplear estos términos—, entendido como el ámbito semántico reconocible en él y que le sea analógicamente asimilable, pues dicho ámbito sencillamente no puede ser infinito de manera que aun siendo muy indeterminados sus términos, se privilegie por cuestiones contextuales uno de sus posibles significados.⁵⁶¹ En el sentido más noble del calificativo, toda interpretación tiene que ser “originalista” aun mínimamente.

Por último, la búsqueda y aplicación de la “intención original” que busca la corriente que ahora tratamos, no puede desprenderse necesariamente de que la Constitución sea “derecho”. Todos los puntos de vista interpretativos —incluso los evolucionistas— se compaginan con la

⁵⁵⁶ Cfr. Raz, *op. cit.*, nota 44, pp. 169 y 173.

⁵⁵⁷ Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 181.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 105 (cursivas añadidas).

⁵⁵⁹ El cual es la fuente jurídica constitucional, y no la voluntad abstracta o subjetiva del Constituyente a la que no negamos utilidad sino influencia decisiva; en otras palabras: la intención legislativa vinculante es la posible significación de los términos textuales en ellos radica el máximo grado de especificación normativa de su autor, de modo que las zonas semánticamente indeterminadas implican una autorización a la discrecionalidad (racional) del operador. Cfr. Aragón, *op. cit.*, nota 489, pp. 31 y 47-48; *supra*, cap. primero, § II.2.A; Dworkin, *op. cit.*, nota 271, p. 136; y *supra*, § IV.3.

⁵⁶⁰ Véase *supra*, cap. primero, § II.

⁵⁶¹ Cfr. *supra*, notas 488-490. Aun tratándose de una sobreinterpretación “gadameriana” del texto constitucional que lo lleve a niveles semánticos nunca imaginados por su autor, tampoco estaríamos ante una interpretación ajena a la “intención original del *texto*”; usando el mismo ejemplo que da esta escuela, la sobreinterpretación no agrega “nuevos detalles con pintura fresca, multiplicando los retratos que aparecen en el lienzo”, sino colocaría este mismo lienzo —o sea el mismo significado potencial e intocado del texto— en una nueva composición de contexto más amplio; véanse Whittington, *op. cit.*, nota 512, pp. 105-106.

calidad jurídica de la ley fundamental; el derecho puede verse como la expresión de la voluntad soberana y también como un medio para realizar lo “correcto” o el “bien”, y ambas perspectivas no están inevitablemente en contradicción, de manera que también podría el carácter jurídico de la Constitución la obliteración de aquélla para satisfacer un criterio de razonabilidad, justicia o corrección.⁵⁶² Además, lo que verdaderamente es inmutable en la interpretación realizada en el ámbito jurídico, no es la voluntad del autor de la letra legal sino la *fórmula* de éste; precisamente ella es la fuente jurídica y el texto sobre el cual recae la actividad del intérprete.⁵⁶³

El constitucionalismo viviente tampoco es una opción viable, al afirmar que los jueces deben en todo caso interpretar la Constitución desligándose de su texto,⁵⁶⁴ para satisfacer los “requerimientos sociales” y un pretendido “*Volkgeist*”. En esas condiciones, reduciría prácticamente a nada el valor jurídico esencial de certeza y el carácter normativo de la Constitución.⁵⁶⁵

Para comenzar, el problema que esta posición plantearía es que a las dificultades propias de la interpretación del texto constitucional objetivo, se sumarían las relativas a la *interpretación de la realidad social*. Hay que hacer algunas precisiones; la cuestión no trata de una “realidad social” entendida como un conjunto de hechos cuya *existencia* traiga ciertas consecuencias jurídicas—“hechos jurídicos” en el sentido clásico y más amplio, objeto de la actividad probatoria—, objeto de la actividad probatoria a través de medios ampliamente reconocidos por el derecho procesal constitucional —documentales, periciales, etc.—; sino en algo mucho más complejo: *el valor que en una posición histórica se aplique a dichos acontecimientos*. Esta diferente valoración social que se ha dado a ciertos hechos⁵⁶⁶ en diferentes circunstancias temporales es a lo que, según el *living constitutionalism*, se debe atender y seguir en la interpretación constitucional.

Sin duda puede existir un amplísimo *consenso* sobre ciertos temas, casi unánime y fácilmente reconocible, que ningún obstáculo tenga para permear a la interpretación constitucional y la cual en esas condiciones exigiría incluirlo;⁵⁶⁷ pero igualmente no lo habrá en muchos otros más.⁵⁶⁸ En estos últimos la tesis vitalista se vuelve cuestionable por librar la interpretación constitucional a la dirección de una “dinámica social” cuyas fuentes son *poco objetivas o indirectas* y su conocimiento tiene un carácter más bien *intuitivo* o en ciertas ocasiones meramente *indiciario*.⁵⁶⁹

Frente a estos casos “difíciles”, carentes de un consenso bien distinguible sobre las valoraciones que deben conducir a la sociedad, poca guía concreta brinda el constitucionalismo viviente, como ya se adelantó.⁵⁷⁰ Pero, independientemente de lo anterior,

⁵⁶² Cfr. Rubinfeld, *op. cit.*, nota 63, pp. 207-208. Véase Carretero Sánchez, *loc. cit.*, nota 535.

⁵⁶³ Véanse *supra*, nota 521; y cap. primero, § II.2.A; y el art. 79.1 de la Ley Fundamental alemana.

⁵⁶⁴ Sobre lo anterior creemos no contradecirnos al postular una interpretación constitucional democrática, apoyada sobre el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” del profesor Häberle.

⁵⁶⁵ *Supra*, § V.1.

⁵⁶⁶ Véanse *supra*, notas 553, 554 y 555.

⁵⁶⁷ Cfr. Scalia, *op. cit.*, nota 24, p. 46; y Balkin, *op. cit.*, nota 553, *in fine*.

⁵⁶⁸ En países occidentales, por ejemplo, pocas personas no considerarán “cruelles” las penas de mutilación o flagelación; en cambio, otros temas precisamente ponen de relieve las muchas veces irreconciliables diferencias ideológicas de una sociedad democrática, como el aborto —paradigmático no sólo por su dramatismo, sino en especial por el espectro de posiciones a su respecto—del cual alguien dijo que cuando un tribunal lo examina “el consenso y la razón abandonan la sala de la mano” (Limbach, *op. cit.*, nota 201, p. 34). Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 39, pp. 664-665.

⁵⁶⁹ Cfr. Carretero Sánchez, *op. cit.*, nota 499, p. 114.

⁵⁷⁰ *Supra*, nota 552.

afirmarse en optar siempre por el dinamismo *in abstracto*, sencillamente haría incurrir esta doctrina en irracionalidad y arbitrariedad por su obcecada consideración de que todo cambio es necesariamente benéfico, en contrapartida al originalismo quien sostiene que todo cambio es “malo” —*extrema se tagunt*— y, aún más, se instalaría en la paradoja filosófica de que la voluntad por el cambio es inmutable, con lo que se invalidaría a sí misma.

Tratándose de la impugnación constitucional de normas generales instituidas por el legislador democrático,⁵⁷¹ la hipótesis competencial más frecuente de la jurisdicción constitucional, el constitucionalismo viviente se coloca en un peligroso dilema. Por un lado puede tener en el acto legislativo sometido a su juicio y puesto en vigor por una mayoría legislativa representativa, una expresión *objetivamente reconocible* del consenso social que estaría llamado a apoyar y sostener, con lo cual prácticamente haría inútil su misma existencia y aun la supremacía de la Constitución que precisamente tiene por fin sustraer a la decisión de una mayoría legislativa simple, aspectos básicos de la vida política y social como los derechos fundamentales esencialmente contramayoritarios.⁵⁷² Por el otro, de no reconocer como materialmente legítima la decisión legislativa se haría portavoz de una voluntad popular, por cierto difícilmente discernible, sin directa legitimidad democrática para ello.⁵⁷³

Finalmente, en no pocas ocasiones, el vitalismo constitucional con las características que le hemos señalado, al confundir los planos fáctico y normativo, implicaría un desconocimiento de la naturaleza de la Constitución que le impediría tener efecto directivo respecto de la realidad social, y nadie puede afirmar que ello *en todo caso* necesariamente sea moral y políticamente aceptable.⁵⁷⁴

No es de soslayarse que la Constitución, como cualquier otro acto jurídico, tiene por fin conducir la vida social por cauces que se cree *debe* tener, aun yendo precisamente contra la misma tendencia de evolución que *en realidad* sigue o puede seguir, con el propósito de imponer “correcciones” a ella y a la “moral ciudadana”,⁵⁷⁵ algunos ejemplos nos aclararán lo anterior: imagínese que, con el aval de un amplísimo consenso social formado desde una especial ideología política, religiosa o moral, se quisiera imponer una práctica discriminatoria, sin importar la existencia de normas constitucionales que le brindan protección; o bien, pensemos en una situación real como la discriminación étnica, que se pretende cambiar a través de una disposición constitucional que al ser instituida se convierte en un estado de cosas

⁵⁷¹ Que incluso puede ser la misma consecuencia de la ausencia de consenso social sobre las decisiones valorativas que subyacen a la legislación, pues los conflictos políticos parlamentarios que a la vez pueden representar diversas idiosincrasias pugnant en el seno social (*Kulturkampf*) y cuyo conflicto dirimen finalmente los tribunales constitucionales, bien pueden ser llevados con forma procesal ante los tribunales constitucionales. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 83; *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (J. Scalia, disidente); y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 867 (1992).

⁵⁷² Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 157, p. 47; Dworkin, *op. cit.*, nota 115, pp. xi, 133 y 146; y Scalia, *op. cit.*, nota 24, p. 47.

⁵⁷³ Cfr. “Sin importar lo socialmente deseables [que sean] los objetivos que se impulsan [...], promoverlos a través de una judicatura no electa y desatada (*freewheeling nonelected judiciary*) es del todo inaceptable en una sociedad democrática”, Rehnquist, *op. cit.*, nota 529, pp. 407 (también citado en *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833, 869 [1976] [JJ. Brennan, White y Marshall, disidentes]) y 412-415 (desarrollando esta idea).

⁵⁷⁴ Los críticos del constitucionalismo viviente han formulado esta objeción en términos de una ideología “conservadora”, diciendo que dicha postura olvida la intención constitucional de impedir el cambio (Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 202); pero creemos que, esencialmente, coinciden con lo que acabamos de expresar.

⁵⁷⁵ Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 76.

normativo establecido a su través, deseo al cual bien puede no afiliarse la mayoría de la población.

Siendo una manifestación constitucional de las tesis de la llamada “escuela del derecho libre”, a la *living Constitution* se le pueden hacer las mismas objeciones:⁵⁷⁶ el subjetivismo del juzgador que alienta, representaría un peligro para la certeza esencial del derecho y la igualdad en su aplicación, por el decisionismo que traería consigo. Lo anterior, que es visto por los vitalistas constitucionales como un “mal necesario”,⁵⁷⁷ simplemente finalizaría la existencia de la Constitución como un ordenamiento jurídico que esencialmente busca dar cierta estabilidad y certeza a la vida social, al dejar su contenido a la “sensibilidad social” de los jueces constitucionales.

Esto último además nos lleva a entender a la Constitución viviente, en su formulación clásica, como incompatible con un Estado constitucional democrático y más bien propia de un régimen totalitario —como lo fue para el nacionalsocialista el “derecho libre”— o, al menos, de uno que mantenga un sistema de control de constitucionalidad diferente al jurisdiccional y reservado a órganos políticos “capaces” de identificar la “voluntad social”, porque las requeridas por los “guardianes de la Constitución” de acuerdo con dicha postura, serían virtudes diferentes a las judiciales —y quizá también a las humanas—. ⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ Véanse García Máynez, *op. cit.*, nota 405, pp. 347-350; y Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 107-109.

⁵⁷⁷ Sagüés, *op. cit.*, nota 529, p. 1022.

⁵⁷⁸ *Cfr.* García Máynez, *op. cit.*, nota 576, p. 350; Scalia, *op. cit.*, nota 24, p. 47; Whittington, *op. cit.*, nota 512, p. 198; y Schmitt, *op. cit.*, nota 465, pp. 156-159.

CAPÍTULO TERCERO
JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Está de más exponer la importancia contemporánea del derecho internacional en sus múltiples facetas. Como indica el epígrafe de esta sección, nos enfocaremos especialmente a una de ellas, quizá la más importante —sin exaltaciones oratorias—: los derechos humanos, muy estrechamente relacionada con la interpretación de los derechos fundamentales por la identidad esencial de su objeto de regulación.

Sin descartar que otros ámbitos del derecho internacional puedan vincularse con la aplicación de normas constitucionales e incidir en el sentido que deba dárseles, como las específicamente relativas a medio ambiente, expropiación, monopolios o derechos de autor y de propiedad industrial, temas incluidos al menos en la Constitución mexicana;¹ nos parece que el campo de los derechos humanos es el más llamativo para nuestro tema de estudio, por su directa interacción con la interpretación constitucional y el carácter paradigmático que ostenta por ello.

1. *Evolución de los derechos humanos internacionales*

Desde épocas remotas ha existido preocupación sobre los derechos del ser humano y aun se ha logrado desde siglos atrás imponerlos como límite al poder público;² pero sabemos que luego de la segunda guerra mundial inició la protección de los derechos humanos implementada como una “política internacional prioritaria”, o sea un esfuerzo conjunto de los Estados que reaccionó a los actos de las potencias del Eje, alineado al ideal de que los derechos humanos no son una cuestión meramente relativa al ámbito interno de las naciones, sino que conciernen universalmente a todas ellas.³ Fue sólo a partir de entonces que se ven los derechos humanos como “asuntos del interés de la humanidad”, según la frase de Jenks.⁴ Sobre la siguiente exposición histórica nos detendremos sólo en aspectos que pudieran ser relevantes a nuestro objeto.

Podríamos decir que el primer “instrumento internacional sobre derechos humanos” es el conjunto de tratados vieneses de 1815 que proscribían la trata de esclavos.⁵ En el siglo XIX, “doctrinas jurídicas elásticas” del derecho internacional permitían intervenciones

¹ Un ejemplo de esta coincidencia en objeto de distintas materias jurídicas y los problemas que ocasiona, aunque sin expresa referencia constitucional, puede verse en González Rojas, Fernando, *El capítulo 11 del TLCAN y la protección al ambiente. Análisis de los efectos del capítulo 11 del TLCAN sobre la capacidad regulatoria de las partes para proteger el ambiente*, México, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 2003, pp. 63 y ss.

² Véanse Quintana Roldán, Carlos F., y Norma D. Sabido Peniche, *Derechos humanos*, México, Porrúa, 1998, pp. 3 y ss; y Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2002, pp. 1 y ss. Para un erudito tratamiento de la evolución de los derechos humanos, se recomienda la monumental obra dirigida por Gregorio Peces-Barba, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dyckinson, 2001 (varios volúmenes).

³ Montemayor Romo de Vivar, *op. cit.*, nota 2, p. 21.

⁴ Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2002, p. 23.

⁵ Gómez Pérez, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003, pp. 3-4.

“humanitarias” —no siempre por motivos loables—, como la que tuvo lugar en 1860 al ocupar Francia ciertas partes de Siria para impedir masacres de cristianos maronitas; más adelante y con el auspicio del Pacto de la Liga de Naciones, se logró “el primer vigoroso (*full-blooded*) esfuerzo a niveles político y jurídico” para la protección de minorías, a través de una serie de obligaciones internacionales integrada por tratados y convenciones para salvaguardar la vida y libertades de poblaciones étnica y religiosamente minoritarias en Europa, cuyas estipulaciones no podían modificarse sin la aquiescencia del Consejo de la Liga que, junto a la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional (*Permanent Court of International Justice*), resolvía las disputas relativas a los mismos.⁶

Otra institución digna de mencionarse para el desarrollo internacional de los derechos humanos es la Organización Internacional del Trabajo (*ab* 1919) que, no obstante su concreto y aparentemente reducido ámbito de actividad, ha sido protagonista en la efectividad de importantes derechos sociales y en la creación de parámetros transnacionales en su materia y, desde luego, en la promoción de la libertad sindical; especialmente en América Latina su labor ha sido provechosa.⁷

Aunque por su naturaleza carece de fuerza jurídica, debe mencionarse a la “Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre” del *Institut de Droit International* del 12 de octubre de 1929, como inmediato antecedente y precursor de los modernos instrumentos universales y regionales, que manifiestan el apego de la comunidad internacional a la tutela de los derechos humanos.⁸ Otro antecedente de consideración es la Resolución XI de la Declaración de México adoptada por la Conferencia Interamericana de Chapultepec de 1945, que apenas con algunas semanas de antelación a la de San Francisco encargó un proyecto de convención regional sobre derechos humanos al Comité Jurídico Interamericano.⁹

La protección jurídica internacional de los derechos humanos, ya genérica y no limitada a ciertos temas, se apoya inicial y formalmente en diversos artículos de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁰ Concretamente el preámbulo y los numerales 1.3 y 55, inciso c), de dicho instrumento promueven el “desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos de todos” pero, ante su irresolución, es su artículo 56 el que en realidad impone a los Estados parte la obligación jurídica de actuar *conjunta y separadamente* para conseguir la realización de ese fin y los impele a “dar contenido más específico a los derechos protegidos y a proveer[les] procedimientos más elaborados para obtener su cumplimiento (*enforcement procedures*)”.¹¹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 por la Asamblea General de la ONU, es la primera carta internacional de derechos humanos cuya necesidad fue señalada pioneramente por Hersch Lauterpacht.¹² Aunque en un principio no se le estimó un

⁶ Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Oxford, Ing., Oxford University Press, 2002, pp. 568-570.

⁷ Véanse *ibidem*, pp. 572-573; y Díaz Müller, Luis, “Los pactos internacionales y las modernas tendencias sobre los derechos humanos”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 974-979 y 1007-1008.

⁸ Cfr. Castillo, Mireya, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 43.

⁹ Sepúlveda, César, “Vinculaciones entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y la protección internacional a los refugiados”, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, CNDH, 1991, pp. 99-100.

¹⁰ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 573.

¹¹ *Ibidem*, p. 574.

¹² En su reseña periodística de la Conferencia de San Francisco, Octavio Paz atisbó la Carta de las Naciones Unidas como una “Constitución Mundial” que incluso en alguna medida ya contaba con un poder coercitivo que

instrumento auténticamente jurídico, sino sólo una guía para interpretar la Carta de la ONU y acaso con un “efecto jurídico indirecto”, dicha apreciación ha cambiado y ahora se le considera vinculante,¹³ al tomar forma en ella ciertas “consideraciones elementales de humanidad” que integran “principios generales y muy reconocidos [del derecho internacional]”, a las que se refirió la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Estrecho de Corfú*,¹⁴ opinión que esclareció en el del *Personal Diplomático y Consular Americano en Teherán*,¹⁵ y ha sido aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la misma declaración regional.¹⁶

La fuerza normativa internacional de los derechos humanos fue notoriamente impulsada y ampliada por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por el Tercer Comité de la Asamblea General de la ONU en 1966, que ya tienen el carácter de tratados para los Estados parte e indudablemente los obligan; el primero de ellos, debe mencionarse, tiene una clara inspiración en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950.¹⁷ Otros tratados se han sumado a estos pactos generales, versando ahora sobre cuestiones más específicas y ampliando las previsiones de aquéllos; entre tales convenciones especiales contamos, para mencionar sólo a algunas, las relativas a genocidio, refugiados, discriminación racial y de género, tortura, derechos del niño, aparte de los 185 convenios de la OIT al año 2006.¹⁸

Establecer un sistema universal de derechos humanos se ha enfrentado a dos serias dificultades:¹⁹ la renuencia²⁰ de los Estados —como México por su experiencia histórica y por

eliminaba el “viejo problema del Derecho Internacional”, personificado en el Consejo de Seguridad de la ONU; pero puso especial énfasis en la indispensabilidad de un “*International Bill of Rights*” que funde ideológica y axiológicamente a la comunidad internacional para evitar constituir la paz y seguridad mundiales en el “nihilismo del compromiso” entre las grandes potencias. Aunque puso en duda la eficacia inmediata de esa declaración de derechos, no dejó de pensar que “algo es algo”; la jurisdicción internacional especializada que vino después eliminaría algo de su desencanto. *Crónica trunca de días excepcionales*, México, UNAM, 2007, pp. 40, 49 y 70-77; véase *infra*, nota 89.

¹³ Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 568 y 574-575; Castillo, *op. cit.*, nota 8, p. 55; y García Ramírez, Sergio, y Mauricio Iván del Toro Huerta, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 148-149. Dicho efecto indirecto lo admitió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al sostener que ese instrumento es vinculante por remisión del Convenio de Roma cuyo cumplimiento tutela, en *Golder c. Royaume-Uni*, núm. 4451/70, fondo y satisfacción equitativa, 21 de febrero de 1975, § 34.

¹⁴ *Royaume-Uni c. Albanie*, fondo, 9 de abril de 1949, *Recueil de la Cour Internationale de Justice*, 1949, núm. 4, p. 22.

¹⁵ *United States of America v. Iran*, fondo, 24 de mayo de 1980, §§ 90-91.

¹⁶ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-10/89, 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, §§ 43-47.

¹⁷ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 576-577.

¹⁸ Véase Quintana Roldán y Sabido Peniche, *op. cit.*, nota 2, pp. 57-64; para los convenios de la OIT: www.ilo.org.

¹⁹ Morenilla Rodríguez, José María, *Los sistemas para la protección internacional de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986, pp. 56-57. Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 581.

²⁰ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 444-446; y García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 50-51.

la conveniencia del régimen²¹— a someter sus diferencias a instancias internacionales; y las naturales diferencias culturales y socioeconómicas entre los países, notables sobre todo en la disimilitud ocasionada el nivel económico, la evolución social y la experiencia histórica de los países sometidos a ellas, de los temas que han ocupado a las jurisdicciones europea (terrorismo,²² protección del medio ambiente,²³ inmigración ilegal²⁴ y otros²⁵) y americana de derechos humanos.²⁶

La primera dificultad se encuentra en vías de ceder ya que, en nuestra opinión, el recurso a las instancias internacionales en materia de derechos humanos es simplemente irrefrenable. Por lo que toca a la segunda, es evidente que ha ocasionado la creación de sistemas regionales de tutela de los derechos humanos, destacando para nuestro interés el europeo y el interamericano —apoyado sobre las experiencias con el Convenio de Roma y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuyo tratado fundamental (el Pacto de San José) nos parece más elaborado técnicamente que aquéllos²⁷—, sin que olvidemos el africano y el integrado por países árabes, a los que haremos referencia cuando hablemos de los tribunales internacionales de la materia.

En resumen la situación de una determinada realidad a la luz de los derechos humanos internacionales, debe calificarse según un sistema complejo y en no pocas ocasiones prolijo,

²¹ Este último factor se manifestó en el rechazo del gobierno mexicano a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tocantes a las irregularidades de los procesos electorales de Chihuahua (1985 y 1986) y Durango (1986), en las que ese organismo “h[izo] presente al gobierno de México su deber de adoptar disposiciones de derecho interno [...] para hacer efectivos los derechos y libertades que la [C]onvención [Americana] reconoce”. Cfr. Navarrete Montes de Oca, Tarcisio, “Los derechos políticos y su defensa en el derecho internacional”, en Concha Malo, Miguel (coord.), *Los derechos políticos como derechos humanos*, México, La Jornada-UNAM, 1994, pp. 76-80; sobre la evolución del “grado de justicia” de las reformas electorales mexicanas, véase Méndez de Hoyos, Irma, “Transición y consolidación democrática en México ¿Es posible una regresión?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 66-70.

²² *Klass et autres c. Allemagne*, núm. 5029/71, fondo, 6 de septiembre de 1978, § 48; y *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, núms. 12244/86, 12245/86, y 12383/86, fondo, 30 de agosto de 1990, § 28. La relevancia iusfundamental de la cuestión terrorista para las democracias, especialmente las del primer mundo, teniendo sus riesgos como “históricamente únicos” por sus diferencias con las amenazas tradicionales al Estado, es expuesta por Ackerman, Bruce, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006, pp. 3-6.

²³ *Moreno Gómez c. Espagne*, núm. 4143/02, fondo y satisfacción equitativa, 16 de noviembre de 2004, §§ 53-56.

²⁴ *Aoulmi c. France*, núm. 50278/99, fondo y satisfacción equitativa, 17 de enero de 2006, § 90; *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. The Netherlands*, núm. 50435/99, fondo y satisfacción equitativa, 31 de enero de 2006, §§ 37-44; *Coorplan-Jenni GmbH and Hascic v. Austria*, núm. 10523/02, fondo y satisfacción equitativa, 27 de julio de 2006, §§ 3 y 61-71; y *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, núm. 13178/03, fondo y satisfacción equitativa, 12 de octubre de 2006, §§ 69, 75, 90 y 96-105.

²⁵ Como el hoy fronterizo de las “violaciones sistémicas (*systemic violations*)” que consisten en el “mal funcionamiento de la legislación y la práctica administrativa [...] y que ha[n] afectado y mant[ienen] la capacidad de afectar a un amplio número de personas” (*Hutten-Czapska v. Poland*, núm. 35014/97, fondo y satisfacción equitativa, 19 de junio de 2006, §§ 190-192).

²⁶ El ejemplo más destacado es el concepto de “proyecto de vida” acuñado por la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo* (reparaciones, 27 de noviembre de 1998, serie C, núm. 42, §§ 147-154), derivado de la experiencia latinoamericana en desapariciones forzadas y otras violaciones que cometieron los regímenes antidemocráticos que imperaron en Latinoamérica. Véase García Ramírez, Sergio, “Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 158-160.

²⁷ Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 580.

integrado no sólo por instrumentos “universales” y regionales de carácter genérico, sino también por aquellos que específicamente le sean relevantes, además de múltiples resoluciones jurisdiccionales y recomendaciones concretas, que ciertamente dificultan su interpretación y aplicación pero no al grado peyorativo que alguna vez se ha dicho, dada la progresividad de los derechos humanos a la que luego nos referiremos.²⁸

Debemos aclarar que el derecho internacional público tutela a la persona humana a través de tres ramas que, no obstante ser distintas, para efectos prácticos englobaremos bajo el concepto de “derechos humanos” por su similitud: el derecho internacional humanitario formado por los Convenios de Ginebra sobre derecho bélico, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos.²⁹ Finalmente, todas estas ramas tienen por objeto proteger al ser humano “en su integridad y en sus derechos básicos”, por lo que existe una gran convergencia entre ellas y se ha llegado a decir que en realidad las dos primeras son derivaciones específicas de los derechos humanos generales.³⁰

2. *El orden público internacional y los derechos humanos*

Por lo menos existe la tendencia doctrinal³¹ y jurisprudencial³² a admitir que las normas internacionales relativas a derechos humanos, integran el llamado *jus cogens* (expresión traducible como “derecho imperativo”).³³

El *jus cogens* es un conjunto de “ciertos principios dominantes (*overriding*) de derecho internacional” de “relativa indelebilidad”,³⁴ esencialmente caracterizados por la imposibilidad de sustraerse a su cumplimiento que tienen los sujetos a quienes se dirigen.³⁵ Como lo define el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, forman este

²⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 65 y 69.

²⁹ García Ramírez y Toro Huerta, *op. cit.*, nota 13, pp. 176-177; y Corcuera Cabezut, *op. cit.*, nota 4, p. 52.

³⁰ Sepúlveda, *op. cit.*, nota 9, pp. 97-98 y 101.

³¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 145; Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, pp. 184-204; Álvarez Vita, Juan, *Tratados internacionales y ley interna*, Lima, FCE-Universidad de Lima, 2001, p. 102; Martínez Bullé Goyri, Víctor M., “Derechos humanos y Constitución”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 246; García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 39; Corcuera Cabezut, *op. cit.*, nota 4, pp. 87-91, 105 y 111; y Montemayor Romo de Vivar, *op. cit.*, nota 2, pp. 46-47.

³² Iniciada por las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en los multicitados casos *Estrecho de Corfú* (*supra*, nota 14) y, particularmente, *Barcelona Traction (Belgium v. Spain*, segunda fase, 18 de julio de 1966, *Reports of the International Court of Justice* [1970], 3, 32) en el cual distinguió con precisión entre las obligaciones *vis-à-vis* de los Estados, que tienen uno frente a otro individualmente considerados, de aquellas que tienen frente a la comunidad internacional como tal y entre las que se cuentan los “principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana”. Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 515; y Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, pp. 186 y 195-196. Véase también *infra*, nota 41.

³³ Al formarse esta locución con el verbo latino *cogĕre* que entre otras acepciones tiene las de “forzar”, “obligar”, “apretar”, “estrechar” y “empujar con fuerza”; Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996, voz: “cōgo, cōĕgi, cōactum, ĕre”. No obstante ser pleonástica, la expresión nos parece justificada en el contexto tradicionalmente dispositivo del derecho internacional.

³⁴ Brownlie, *loc. cit.*, nota 32.

³⁵ Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, p. 94.

conjunto las normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional que no admiten acuerdo en contrario,³⁶ y a estos aspectos nos referiremos a continuación.

La aceptación y reconocimiento de la “comunidad internacional” para constituir una norma de *jus cogens*, se refiere al apoyo generalizado con que ésta cuente entre los Estados. Desde luego, ello no requiere necesariamente unanimidad sino un consenso amplio y cercano a ella, el *totus orbis* vitoriano, que no deriva de su expresión a través de algún acto formal como tratados o convenios internacionales, aunque evidentemente estos instrumentos son de gran utilidad para constatar indubitablemente la existencia de normas imperativas de derecho internacional.³⁷ Es importante también tener en cuenta que dicha “comunidad” no debe entenderse sólo globalmente, sino bien puede formarse por una congregación determinada de naciones con vínculos suficientemente estrechos, que reconozca normas perentorias de derecho internacional aplicable sólo a sus integrantes.³⁸

Ahora bien, no cualquier regla internacional admitida por una comunidad de Estados forma el *jus cogens*, pues su carácter necesario para la convivencia armónica de sus integrantes y su referencia a intereses vitales y valores fundamentales de dicha comunidad “como tal”, constituyen notas de diferenciación específica de ese conjunto normativo.³⁹ Entre los principios jurídicos internacionales sin duda incluidos en el *jus cogens*, tenemos los de autodeterminación y soberanía permanente sobre los recursos naturales⁴⁰ y, precisamente en materia de derechos humanos, las prohibiciones de tortura y discriminación y el principio de igualdad.⁴¹

La idea del *jus cogens* no ha estado exenta de detractores que incluso han visto en él “un argumento jurídicamente urdido para deshacerse de los tratados insatisfactorios”,⁴² pero más bien sus críticos se han concentrado en mantener la postura tradicionalmente dispositiva del derecho internacional y a señalar las dificultades en la identificación y formulación de tales normas “imperativas”.⁴³

La teoría del *jus cogens* y el análisis de su delimitación conceptual y sus consecuencias en el derecho de gentes, están lejos de formarse con claridad; compartimos la preocupación de

³⁶ Es muy interesante el análisis de Gómez Robledo sobre la diferencia de expresiones entre los textos francés, inglés y español de la Convención de Viena, todos igualmente auténticos, que finalmente tienen el mismo sentido normativo; *ibidem*, pp. 92-96.

³⁷ *Cfr. ibidem*, pp. 96, 99 y 183; y Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 2a. ed. revisada por Peter Hagggenmacher, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 2004, p. 181.

³⁸ Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, p. 97; y Reuter, *op. cit.*, nota 37, p. 183. Véase TEDH, *Banković and others v. Belgium and 16 other contracting States*, núm. 52207/99, admisibilidad, 12 de diciembre de 2001, §§ 80 y 82.

³⁹ *Cfr.* Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, pp. 186-189.

⁴⁰ Brownlie, *loc. cit.*, nota 32. Dichos principios se incluyen en el artículo 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴¹ Véanse las opiniones de la Corte Interamericana en *Maritza Urrutia*, fondo, 27 de noviembre de 2003, serie C, núm. 103, § 92; *Hermanos Gómez Paquiyauri*, fondo, 8 de julio de 2004, serie C, núm. 110, § 112; *Caesar*, fondo, 11 de marzo de 2005, serie C, núm. 123, § 70; y *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, §§ 100-101. La prohibición de tortura como norma de *jus cogens* también fue reconocida, siguiendo al avasallador consenso mundial, por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en *Zejnir Delalic et al.*, núm. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998; y en *Anto Furundzija*, núm. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998. Véase sobre la prohibición de tortura y tratos crueles para la “guerra contra el terror” norteamericana, el pronunciamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos del 29 de junio de 2006 en *Hamdan v. Rumsfeld* (Human Rights Watch, U.S.: *Guantánamo ruling rejects unfair trials*, Nueva York, 30 de junio de 2006, <http://hrw.org/english/docs/2006/06/29/usdom13663.htm>).

⁴² Reuter, *loc. cit.*, nota 38.

⁴³ Véase Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, pp. 82 y ss.

que exista una “mística del *ius cogens*” —contra la cual previno Jiménez de Aréchaga— basada en el prestigio del que goza tal concepto formalmente entendido, contrastante con la incertidumbre existente sobre su “contenido particular”,⁴⁴ pero nos parece que este importante esfuerzo teórico y práctico —por su reconocimiento en la Convención de Viena— es el prelude de un estadio evolutivo del derecho internacional que coloque al lado de ciertos elementos convencionales del mismo, otros de cumplimiento inexorable.⁴⁵

Si la protección de los derechos humanos es un interés compartido por una amplia comunidad internacional —expresado como señalan los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas— y teniendo esos derechos como “valores” de la misma, es fácil concluir al menos *prima facie* y formalmente que los derechos humanos son integrantes del *ius cogens* y las normas relativas a ellos son básicas para la convivencia entre los Estados.⁴⁶ El problema no es de fácil solución pues, aunque sin dificultades se admiten como normas internacionales imperativas las relativas a genocidio, esclavitud y discriminación, la calidad como tales de otros derechos humanos puede ser dudosa y el eje de esta cuestión son las reservas a tratados internacionales sobre derechos humanos,⁴⁷ cuya respuesta se ha querido dar traduciendo el concepto dogmático constitucional de su “contenido esencial” al plano internacional—.⁴⁸

La obligatoriedad de los tratados internacionales sobre derechos humanos indudablemente vincula a los Estados parte de los mismos e implica su reconocimiento a esos derechos y, de acuerdo con su amplitud, podemos tener el consenso en que se basan como una expresión democrática internacional⁴⁹ para la formación de normas de *ius cogens* relativas a la convivencia entre los integrantes de la comunidad internacional y a principios de deben regir su conducta;⁵⁰ dicha vinculación, por otro lado, se refuerza si tomamos los mencionados artículos 55, inciso c), y 56 de la Carta de las Naciones Unidas en relación con el artículo 103 de la misma.⁵¹

Es indudable que este consenso universal —manifestado en los pactos internacionales de 1966— y regional —en los tratados europeo e interamericano— en materia de derechos humanos, tiene como motivo determinante no el provecho individual de los Estados, sino el de los seres humanos que son beneficiarios últimos de sus estipulaciones, según afirmó la Corte

⁴⁴ Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 516-517; y Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, p. 90.

⁴⁵ Véase *ibidem*, pp. 30-31.

⁴⁶ *Supra*, nota 39.

⁴⁷ Véase Corcuera Cabezut, *op. cit.*, nota 4, pp. 101 y ss. Salvo pacto en contrario, se permiten las reservas a tratados internacionales sobre derechos humanos (CIJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva del 28 de mayo de 1951), pero esta tesis actualmente debe tomarse sólo como punto de partida de la discusión sobre el tema, a la que habrán de agregarse los desarrollos posteriores de la jurisdicción internacional especializada.

⁴⁸ “Podría incluso pensarse que tales reservas, así como las disposiciones que las autorizan, son incompatibles con el *ius cogens* y nulas por consiguiente, a menos que no se relacionen más que con modalidades de regulación (*mise en œuvre*), sin tocar la sustancia misma de los derechos de que se trate”, TEDH, *Belilos c. Suisse*, núm. 10328/83, fondo y satisfacción equitativa, 29 de abril de 1988, opinión concurrente del juez De Meyer.

⁴⁹ “...el Estado que está sujeto al derecho internacional no está sujeto al derecho de otros Estados, sino a *un derecho que surge de todos los Estados en común* y a[u]n de él mismo, en cierta forma”, Sepúlveda, César, *El lugar del derecho internacional en el universo jurídico*, 2a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 24 (cursivas añadidas).

⁵⁰ *Supra*, nota 38.

⁵¹ “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

de La Haya al opinar sobre las reservas a la Convención contra el Delito de Genocidio,⁵² y crea entre los Estados obligaciones que trascienden sus relaciones *vis-à-vis* —precisamente una característica del *jus cogens*⁵³—, como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

A diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, la Convención [Europea] desborda el cuadro de la simple reciprocidad entre Estados contratantes. Además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea *obligaciones objetivas* que en términos de su preámbulo se benefician de una “garantía colectiva”.⁵⁴

De que las normas sobre derechos humanos constituyen elementos del *orden público de la comunidad internacional*, se sigue que las mismas forman parte del *jus cogens* y que a su vinculación no pueden sustraerse los Estados.⁵⁵ La idea de “orden público”, importada del derecho interno, corresponde a “las exigencias esenciales de una vida en sociedad”⁵⁶ y alude en el ámbito internacional a *valores esenciales e irreductibles*,⁵⁷ compartidos por los integrantes de la comunidad de Estados; tiene implicaciones tanto sustanciales como procedimentales y, a grandes rasgos en relación con los derechos humanos, “tiende a la *plena sumisión* del Estado parte al mecanismo convencional de control [del respeto a los derechos humanos]”.⁵⁸

⁵² Corcuera Cabezut, *op. cit.*, nota 4, p. 73. La resolución mencionada se citó en *supra*, nota 47. En el mismo sentido, CIDH, “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte, OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, § 24.

⁵³ Brownlie, *loc. cit.*, nota 32.

⁵⁴ *Irlande c. Royaume-Uni*, núm. 5310/71, fondo y satisfacción equitativa, 18 de enero de 1978, § 239 (cursivas añadidas); véase Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, p. 640, n. 25. Prácticamente en forma literal siguió la Corte Interamericana esta resolución de su homólogo europeo, además de referir a la Corte Internacional de Justicia en su citada opinión sobre reservas a la Convención contra el Genocidio, a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al artículo 60.5 de la Convención de Viena; en *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, §§ 27 y 29-33.

⁵⁵ *Cfr.* TEDH, *Loizidou v. Turkey*, núm. 15318/89, objeciones preliminares, 23 de marzo de 1995, § 93; y *supra*, nota 38.

⁵⁶ “Ningún Estado está solo. Todo Estado existe al lado de otros estados en una sociedad de estados. [...] Toda forma de convivencia, incluso aquella sin leyes del estado de naturaleza, implica límites en la conducta de cada uno de los convivientes: límites de hecho, [...] o límites jurídicos, como aquellos puestos por el derecho que regula desde tiempo inmemorial las relaciones entre los estados soberanos, o *ius gentium* (derecho de gentes), límites que derivan de tradiciones que se han vuelto obligatorias (las costumbres internacionales) o de acuerdos recíprocos (los tratados internacionales)”, Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2001, p. 139.

⁵⁷ Para una relación de criterios de “publicidad” de un bien, adscrita al derecho administrativo pero que creemos aplicable a nuestro tema, véase Cabo de la Vega, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 210-211.

⁵⁸ Sudre, Frédéric, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 10-14 (cursivas añadidas al texto transcrito). “El carácter absoluto de la autonomía de la voluntad ya no puede ser invocado ante la existencia de normas del *ius cogens*. [...] No es razonable que, por la aplicación casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal, se frene —como en el presente caso— una evolución alentadora, impulsada sobre todo por la *opinio juris* como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos. [...] Hay que desmitificar la presentación, frecuente e indebida, de ciertos postulados como verdades eternas e inmutables, cuando son, más bien [...] soluciones jurídicas encontradas en determinada etapa de la evolución del derecho, conforme a las ideas prevalecientes en la época. [...] Los derechos humanos están

II. ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNACIONALES
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Tribunales universales, regionales y supranacionales*

Los juicios de Núremberg y el Tribunal Militar Internacional que los desarrolló —y los de Tokio—, basados en la idea de que los hechos sobre los que versaron tocan al interés de la comunidad internacional, referentes especialmente a la responsabilidad internacional del individuo —tradicionalmente reservada a los Estados— por crímenes de guerra y contra la humanidad; son el inmediato antecedente de la jurisdicción internacional de los derechos humanos,⁵⁹ aunque sea discutible la legitimidad de su actuación por la falta de las garantías que hoy parecen inherentes a la jurisdicción.⁶⁰

La jurisdicción internacional, estrictamente hablando porque muy *grosso modo* abarcaría también al arbitraje, corresponde a órganos cuya función primordial es resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica internacional, exclusivamente en el plano internacional, ya que de esta materia proviene su autoridad, se integran por individuos de diversas nacionalidades y son independientes de las estructuras domésticas estatales.⁶¹ En la actualidad, la solución (o bien su prevención a través de facultades consultivas) de conflictos tocantes a los derechos humanos, se da en la escena internacional *lato sensu* en tres ámbitos diferentes: universal, regional y supranacional.

Universales son los organismos jurisdiccionales, directa o indirectamente dependientes de la ONU o simplemente relacionados con ésta, que no se refieren a una comunidad especial de Estados sino a su conjunto global. Entre los órganos jurisdiccionales universales tenemos a la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional —nos referiremos a ambos detenidamente en el siguiente epígrafe— y los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, dispuestos respectivamente por las resoluciones 827 (25 de mayo de 1993) y 955 (8 de noviembre de 1994) del Consejo de Seguridad de la ONU, quien las dictó con base en el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas, para llevar que respondan ante la comunidad internacional los responsables de crímenes de genocidio, lesa humanidad e infracciones al derecho bélico, en los conflictos armados que se dieron en esos países; éstos últimos son tribunales con jurisdicción extraordinaria —como los de Núremberg y Tokio—, creados “*intuitu belli*” ante las dificultades de que los tribunales nacionales conozcan los procesos relativos,⁶² cuya necesidad y excepcional creación han sido un acicate para crear una

requiriendo una transformación y revitalización del derecho de los tratados”, CIDH, *Blake*, fondo, 24 de enero de 1998, serie C, núm. 36, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, §§ 28-30.

⁵⁹ Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 565-566; y Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, “La doctrina de la jurisdicción o competencia universal y el principio de unilateralismo en materia de derecho humanitario internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 89-90.

⁶⁰ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 64-65; y Wallach, Evan J., “Procedural and evidentiary rules of the post World War II war crime trials: Did they provide an outline for international legal procedure?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, 1999, § IV, <http://www.lawofwar.org/Tokyo%20Nurembueg%20article.htm>.

⁶¹ Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, p. 438; y Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 708.

⁶² Véanse Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *ICTY at a glance*, La Haya, <http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *About the Tribunal. General information*, Arusha, Tanzania, <http://69.94.11.53/default.htm>.

jurisdicción internacional ordinaria y permanente en la materia a través del Estatuto de Roma.⁶³

También referentes al ámbito universal de protección jurisdiccional de los derechos humanos es el caso de Sierra Leona,⁶⁴ en el que a semejanza de la ex Yugoslavia y Ruanda, por sendos convenios entre la ONU y los gobiernos de dichos países se instituyeron tribunales extraordinarios para sancionar crímenes contra la humanidad. Otra muestra interesante, pero aparte de los mencionados por sus particularidades, es la de Camboya.⁶⁵

Como adelantamos arriba,⁶⁶ el interés común en ciertos temas de derechos humanos y sus modalidades, que comparten ciertos Estados por su cercanía cultural y socioeconómica, han dado lugar a sistemas *regionales* para la protección de esos derechos; entre estos sistemas se insertan el europeo, el interamericano y el africano. Los convenios internacionales regionales sobre derechos humanos instituyen tribunales *ad hoc* —no confundir con los de jurisdicción extraordinaria como el de Núremberg o los “especiales” en el contexto mexicano— que, en materia internacional, son aquellos creados por las partes de un tratado para interpretarlos y resolver las diferencias derivadas específicamente de ellos mismos, cuya autoridad se finca sobre el mismo *libre consentimiento* que expresaron las partes al suscribir tales convenciones, adherirse a ellas o bien someterse facultativamente a su competencia, a guisa de una cláusula compromisoria arbitral.⁶⁷

Por su parte, la integración europea ha ocasionado un inédito fenómeno que impone una nueva figura: las entidades *supranacionales* que no deben confundirse con las internacionales como la ONU y otros organismos. Aunque actualmente sólo tenemos a la Unión Europea, ésta ha demostrado un sofisticado grado de evolución precisamente en el ámbito judicial. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo, tiene por misión “controlar la legalidad de los actos comunitarios y garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario”;⁶⁸ en su labor, se ha pronunciado respecto de derechos fundamentales y su jurisprudencia tiene en esta materia una compleja interacción con el

⁶³ Cfr. Gutiérrez Baylón, *op. cit.*, nota 59, p. 90; y Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Harla, p. 125.

⁶⁴ El Tribunal Especial para Sierra Leona es una entidad internacional cuya competencia recae sobre actos antihumanitarios acaecidos durante el conflicto armado en ese país; sus jueces son tanto nacionales de ese país como ajenos al mismo; se originó en la solicitud que en el año 2000 hizo el Presidente de Sierra Leona al Secretario General de la ONU, Kofi Annan, de ayuda de la comunidad internacional para juzgar a los responsables de dichos crímenes, que se atendió en la resolución 1315 del Consejo de Seguridad que autorizó iniciar las negociaciones correspondientes y, finalmente, el 16 de enero de 2002 el gobierno sierraleonés y la ONU celebraron un acuerdo para erigir el tribunal. Véase Tribunal Especial para Sierra Leona, *About the Special Court for Sierra Leone. Basic Facts Pamphlet*, Freetown, [http://www.sc-sl.org/\[-\] basicfacts pamphlet.pdf](http://www.sc-sl.org/[-] basicfacts pamphlet.pdf).

⁶⁵ En el caso de este país no se trata de un tribunal internacional especial, sino de la creación de Salas Extraordinarias dentro de la estructura judicial doméstica, con el apoyo y asistencia de la ONU, para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen Khmer Rouge que rigió el país de 1975 a 1979. Véanse la resolución 58/191 A de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2003, § V, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2672.pdf>; British Broadcasting Corporation, *BBC NEWS. Asia-Pacific. UN and Cambodia agree on court*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/2855877.stm>; y Universidad de Columbia, Escuela de Derecho, *UN and Cambodia agree on court to try Khmer Rouge*, <http://www.hrcr.org/hottopics/UNKhmer.html>.

⁶⁶ *Supra*, nota 19.

⁶⁷ Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 632; y Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, pp. 439-440 y 442. Véanse los arts. 19 y 32.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁸ Unión Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *instiftr_index*, Luxemburgo, http://curia.eu.int/es/instit/presentationfr/index_cje.htm.

Tribunal de Estrasburgo y la jurisdicción constitucional, de la que nos ocuparemos en la última sección de este capítulo.

Por último, no puede dejarse de señalar la estrecha relación informal entre todos estos tribunales internacionales, debida la semejanza de la materia sobre la que ejercen su control, que se da sobre todo mediante la *influencia recíproca* que tienen sus decisiones. Hablando desde la perspectiva más cercana a nosotros, nada insólito es encontrar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos alusiones a la de la Corte Internacional de Justicia y su antecesora, o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —muy frecuentemente y con carácter decisivo la mayoría de las veces—, bastando ojear cualquiera de sus resoluciones para darse cuenta; en contrapartida las resoluciones de la Corte de San José también han tenido alguna influencia en las decisiones tomadas en La Haya, Estrasburgo y otras sedes.⁶⁹

2. *Competencias contenciosa y consultiva*

La posibilidad de que los Estados incurran en responsabilidad por incumplir sus deberes internacionales y la necesidad de tener instituciones que resuelvan las controversias a que conduce aquella situación, es precisamente la causa y justificación de la existencia de tribunales de carácter internacionales en esta materia.⁷⁰ Evidentemente, la naturaleza jurisdiccional de los órganos internacionales se determina por sus facultades para decidir una solución al conflicto entre pretensiones contradictorias respecto del incumplimiento de un Estado —o de individuos— al derecho internacional y la responsabilidad que éste arroje, que para los tribunales *ad hoc* de derechos humanos se traduce en “una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado Parte ha violado los derechos humanos garantizados por la Convención [de que se trate]”.⁷¹

Generalmente, existe cierta reticencia de los Estados a someter sus diferencias a organismos jurisdiccionales, máxime teniendo la posibilidad de recurrir a bien desarrollados procedimientos diplomáticos e incluso arbitrales.⁷² Pero, en materia de derechos humanos, la situación es muy distinta: los principales afectados por las conductas ilícitas de los Estados no tienen su misma calidad, sino se trata de individuos particulares que en no pocas ocasiones carecen de los recursos de aquéllos o, más frecuentemente, es el Estado que debía protegerlos quien perpetró la acción reclamada; por estos motivos, se precisa de un adecuado sistema de protección a estos derechos, con instituciones jurisdiccionales igualmente idóneas que eficazmente impongan el cumplimiento de las normas internacionales que los tutelan.⁷³

Las atribuciones consultivas no son menos importantes que las contenciosas de la jurisdicción internacional; la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen dichas facultades consultivas, pero la Corte Interamericana las posee con mayor amplitud.⁷⁴ Aunque sean de carácter más bien abstracto que concreto —

⁶⁹ Véase Peraza Parga, Luis, y Alicia Kerber Palma, “El reflejo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisdicciones internacionales”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 276-296.

⁷⁰ García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, pp. 49-50.

⁷¹ CIDH, *Restricciones a la pena de muerte*, OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, serie A, núm. 3, § 33. Véase en general, *supra*, cap. primero, § V.2.

⁷² Véase Gómez-Robledo Verduzco, *loc. cit.*, nota 20.

⁷³ Cfr. García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 59.

⁷⁴ Véase CIDH, OC-1/82, *cit.*, nota 52, §§ 14-17 y 46.

guardando así analogía con el control constitucional previo y prejudicial⁷⁵— y no tengan los mismos efectos vinculatorios que las estrictamente procesales, ello no significa que las resoluciones consultivas de los tribunales internacionales carezcan del todo de consecuencias jurídicas o sean de plano inútiles.⁷⁶ Sin embargo, es muy claro que la *función estrictamente jurisdiccional* de los tribunales internacionales en esta materia, “se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos”, como señaló la Corte Interamericana al afirmar la improcedencia de que ante ella se reclamen “leyes de aplicación mediata” —equivalentes a las “heteroaplicativas” mexicanas— por su sola vigencia.⁷⁷

La competencia consultiva de la jurisdicción internacional, especialmente en materia de derechos humanos, es un auxiliar para el debido cumplimiento de las obligaciones estatales frente a la comunidad internacional, con una autoridad “altamente persuasiva” que además serviría, pensando pragmáticamente, como un indicativo de la probable decisión de esos tribunales si tuvieran que resolver contenciosamente el caso planteado, pero sin los inconvenientes que traería para las partes el sometimiento a un proceso en sentido estricto ante ellos y la posibilidad de tener un carácter preventivo.⁷⁸

El contenido de las opiniones consultivas de los tribunales internacionales son insoslayables, ya que proveen una guía autoritativa sobre los puntos jurídicos a que se refieren.⁷⁹ De hecho, nada extraño es que para decidir un asunto contencioso, como el interamericano en incontables ocasiones, los tribunales internacionales de derechos humanos se apoyen en los razonamientos de esas “meras” opiniones —propias o de otras instancias que les sean homólogas o la Corte Mundial—.

3. *Particularidades de algunos tribunales internacionales*

A. *Corte Internacional de Justicia*

La Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Holanda, tiene por objeto resolver las controversias que surjan limitativamente entre *Estados* y rendir opiniones consultivas que le soliciten algunos sujetos y órganos legitimados para ello; sus idiomas oficiales son el francés y el inglés.⁸⁰ Puede tenerse a este órgano como sucesor de la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional ya que, aunque no tienen el mismo origen ni la misma relación con el organismo internacional a que se adscriben, hay una “gran continuidad” entre ellos y “su funcionamiento se basa fundamentalmente en las mismas reglas y principios”.⁸¹

Por su competencia generalísima, es factible que la “Corte Mundial” —como también se le llama— se aboque al conocimiento de cuestiones relativas a derechos humanos, aunque raramente lo ha hecho específicamente, como resultado de una remisión específica de la Carta

⁷⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro, “Justicia constitucional supranacional” (trad. de Luis Dorantes Tamayo), *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, p. 225.

⁷⁶ Cfr. CIDH, OC-1/82, *cit.*, nota 52, § 51; y CIDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, serie A, núm. 15, § 26.

⁷⁷ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, OC-14/94, 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, §§ 41-43 y 49.

⁷⁸ CIDH, OC-3/83, *cit.*, nota 71, § 43. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, pp. 441-442.

⁷⁹ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 725-726.

⁸⁰ Arts. 92 de la Carta de las Naciones Unidas; y 1o., 22.1, 34.1, 36, 39 y 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁸¹ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 709 y 711; Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, p. 440, n. 7.

de las Naciones Unidas o la voluntad de los Estados.⁸² Los casos contenciosos relacionados con derechos humanos, que ha resuelto (disimilmente) la Corte Internacional de Justicia,⁸³ son los de *África suroccidental*⁸⁴ y el ya citado *Barcelona Traction*;⁸⁵ a éstos podemos agregar también la aludida opinión sobre reservas a la Convención contra el Genocidio⁸⁶ y, también sobre el mismo tema pero en relación con su sujeción a dicho instrumento —cuestión más bien formal—, en uno de los recientes casos de *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*.⁸⁷

La coexistencia entre la jurisdicción “general” o “mixta” de la Corte de La Haya y la de los tribunales universales y regionales especializados en derechos humanos, es perfectamente admitida por los artículos 52.1 y 95 de la Carta de las Naciones Unidas; en tal virtud, como *lex specialis* competencial, prevalece en la materia el sometimiento convencional a una jurisdicción específica sobre derechos humanos. A propósito de lo anterior, cabe señalar que es común hallar referencias a decisiones de la Corte Internacional de Justicia en las de tribunales regionales como el europeo y el interamericano y, es más, podríamos afirmar que las decisiones de aquélla han sido fundamentales para perfilar los derechos humanos como *jus cogens* y han servido en no pocas ocasiones como base de la argumentación de los últimos.

B. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Este órgano es parte esencial de un “audaz mecanismo” de protección internacional europea a los derechos humanos y constituye una de las innovaciones judiciales más importantes de la segunda mitad del siglo XX, aun anterior a la iniciativa universal de pactos internacionales sobre derechos humanos.^{88 y 89} Se instituyó “[c]on el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas partes Contratantes del [Convenio Europeo de Derechos Humanos] y sus Protocolos”;⁹⁰ y a pesar de lo que aparenta, no es un órgano integrante de la Unión Europea sino del Consejo de Europa que es una organización

⁸² De Meyer, Jan, “Le mecanisme international de contrôle”, en *Rapport pour le Colloque sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Estrasburgo, 1979, p. 260, citado en Morenilla Rodríguez, *op. cit.*, nota 19, p. 32. Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 709 y 716-725.

⁸³ Véase Montemayor Romo de Vivar, *op. cit.*, nota 2, pp. 44-46.

⁸⁴ *Ethiopia v. South Africa* y *Liberia v. South Africa*, objeciones preliminares, 21 de diciembre de 1962, *Reports of the International Court of Justice* (1962), 319. Esta resolución versó sobre el interés procesal de los actores para promover contra el *apartheid* sudafricano, que la Corte les negó por no tener un “interés jurídico” para su pretensión; Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, p. 444. En su opinión separada en el mismo asunto, el juez Jessup arguyó que “el derecho internacional ha reconocido por mucho que los Estados pueden tener intereses jurídicos en asuntos que no afectan sus intereses financieros, económicos u otros ‘materiales’ o, mejor dicho, ‘físicos’ o tangibles”, refiriendo seguidamente “casos en los que *todos los Estados* han tenido un interés jurídico en la protección de intereses generales de la humanidad”; Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 470 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁸⁵ *Supra*, nota 32.

⁸⁶ *Supra*, nota 47.

⁸⁷ *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, objeciones preliminares, 11 de julio de 1996, referida por la decisión relativa a la solicitud de su revisión (*Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine*, 3 de febrero de 2003, § 61).

⁸⁸ Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 1-2. Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 591; y Montemayor Romo de Vivar, *op. cit.*, nota 2, p. 42.

⁸⁹ Por eso dice Cappelletti que el Tribunal Europeo se reviste de una “importancia verdaderamente histórica” al inaugurar una vía transnacional a la “jurisdicción de la libertad” —según su famosa expresión—, “instituid[a] con el fin de controlar la legitimidad de los actos de imperio, legitimidad que es de valorarse sobre la base de un *Bill of Rights* internacional”. *Op. cit.*, nota 75, p. 240 (cursivas en el original del texto transcrito); véase *supra*, nota 12.

⁹⁰ Art. 19 del Convenio referido.

intergubernamental que tiene por objeto cardinal “proteger los derechos humanos, la democracia pluralista y el imperio del derecho (*rule of law*)”.⁹¹ Como otros órganos del Consejo de Europa tiene sede en Estrasburgo, Francia, y sus lenguas oficiales son la francesa e inglesa.⁹²

El sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo era facultativa, pero es obligatoria luego de entrar en vigor el Protocolo No. 11 del Convenio de Roma; en ejercicio de sus funciones ese tribunal puede conocer de los casos de incumplimiento de uno de los Estados contratantes a las obligaciones que establece ese tratado internacional, ya sea por solicitud de otro Estado o de particulares; por supuesto, la primera hipótesis es rara y la gran mayoría de las instancias que recibe ese tribunal provienen de particulares, quienes pueden instarla directamente.⁹³ Asimismo está facultado para rendir opiniones consultivas a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a partir de la entrada en vigor del Protocolo No. 2 del Convenio de Roma, aunque ésta es una función “poco utilizada”.⁹⁴

Las sentencias definitivas de este Tribunal —las de las Salas pueden ser revisadas por la Gran Sala— vinculan a las partes contratantes.⁹⁵ Según el artículo 46 del Convenio Europeo, sólo cuando “imperfectamente” puedan repararse las consecuencias de violaciones declaradas por el Tribunal, se concederá a la parte perjudicada una “satisfacción equitativa”;⁹⁶ pero en todo caso, al Estado demandado corresponde “garantizar asimismo a través de medidas legales, administrativas y presupuestarias apropiadas, la realización efectiva y rápida del derecho en cuestión”.⁹⁷

El más grave problema que hoy enfrenta la jurisdicción europea es el crecimiento de su carga laboral. En los últimos veinticinco años —para tener alguna referencia— ésta aumentó exponencialmente, debido a la posibilidad de que se inste su actividad a través de peticiones individuales y al incremento en el número de Estados —sobre todo los de Europa central y oriental⁹⁸—; los números son más que elocuentes sobre la tendencia a la alza del número de solicitudes recibidas en Estrasburgo: en 1995 fueron 11,200 y esta cantidad se amplió en 358.04% para el año de 2006.⁹⁹ Dos importantes acciones se han tomado al respecto: la adopción del Protocolo No. 14 —pendiente de iniciar su vigencia (noviembre de 2007)— que permitiría aumentar la productividad del tribunal por lo menos en 25%, por el cual se reforma

⁹¹ Consejo de Europa, *Rapport annuel 2006 de la Cour Européenne des Droit de l'Homme*, Estrasburgo, 2007, p. 13 ; e *idem*, *The Council of Europe. 800 million europeans*, Estrasburgo, 2007, p. 7.

⁹² Arts. 19.1, 34.1, 47 y 76 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁹³ El “recurso individual (*recours individuel* o *individual petition*)” ha sido en los últimos diez años la “piedra angular (*clef de voûte*)” del sistema europeo de derechos humanos y constituye “un verdadero derecho de acción [del individuo] para hacer valer los derechos y libertades que tiene directamente de la Convención”, que no depende de la voluntad de los Estados contratantes, y el cual reafirma su personalidad jurídica internacional. TEDH, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, núms. 46827/99 et 46951/99, fondo y satisfacción equitativa, 4 de febrero de 2005, § 122.

⁹⁴ Arts. 32, 33, 34 y 47 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase Consejo de Europa, *Rapport...*, *cit.*, nota 91, pp. 13-15.

⁹⁵ Arts. 44 y 46.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁹⁶ Véase *infra*, notas 108 y 109.

⁹⁷ Véase TEDH, *Scordino c. Italie*, núm. 36813/97, fondo y satisfacción equitativa, 29 de marzo de 2006, § 238.

⁹⁸ La caída del muro de Berlín —pero también el proceso de integración europea— fue catalizador de estos acontecimientos, como puede observarse de que al finalizar el año 2006 los siete países con más sentencias en contra hayan sido —y nótese la amplia diferencia entre los dos primeros lugares de este deplorable “certamen”—: Turquía (334), Eslovenia (190), Polonia (115), Italia (103), Rusia (102), Francia (96) y Rumania (73). *Cfr.* Consejo de Europa, *Rapport...*, *cit.*, nota 91, p. 16; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 54, p. 667.

⁹⁹ Consejo de Europa, *Rapport...*, *cit.*, nota 91, p. 15.

el sistema de control de la Convención Europea, singularmente para permitir que Comités resuelvan asuntos en los que haya “jurisprudencia bien establecida y aplicable”; y la formación de un “Grupo de Sabios (*Groupe de sages*)”, compuesto por “juristas eminentes”, encargado de determinar medidas para conservar a largo plazo la viabilidad del sistema europeo de protección de los derechos humanos, que hará llegar al Comité de Ministros del Consejo de Europa.¹⁰⁰ Tal es el reto que enfrenta hoy el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya magnitud queda expuesta al repararse en que el sistema al cual pertenece es

un mecanismo único en su género: el *acceso directo de 800 millones de justiciables* a una jurisdicción internacional encargada de velar, en última instancia, por la protección de sus derechos más fundamentales.¹⁰¹

La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido fructífera en la ampliación y creación de derechos fundamentales en el viejo continente, especialmente frente a las autoridades comunitarias.¹⁰² Llama la atención que muchos de ellos sean relativos a aspectos procesales como el acceso a la justicia, la “igualdad de armas”, la duración razonable de los procesos y la ejecución de las resoluciones judiciales, y que alrededor del 72% de las resoluciones pendientes al inicio de 2007 en ese tribunal, correspondan a violaciones atribuidas a esta clase de órganos;¹⁰³ muchos de ellos pertenecientes a la jurisdicción constitucional —como última o única instancia de defensa doméstica de los derechos fundamentales—, lo que es de suma relevancia para el campo en el que ahora trabajamos.

C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un organismo jurisdiccional que tiene por objeto resolver sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ya sea en asuntos contenciosos si los Estados reconocieron su jurisdicción mediante una declaración específica, o rindiendo opiniones consultivas.¹⁰⁴ La jurisdicción de la Corte se desprende del reconocimiento de su obligatoriedad, que hagan los Estados parte (arts. 62.1 y 62.2); esto se ha visto como una limitante por el carácter mediato que por ello adquiere la protección interamericana de los derechos humanos, atentas las modalidades en que dicho reconocimiento puede otorgarse: incondicionalmente, condicionado a la reciprocidad, por plazo determinado o para asuntos concretos.¹⁰⁵ Tiene sede en la ciudad de San José, Costa Rica, y sus idiomas oficiales son: español, inglés, portugués y francés, según los artículos 3.1 de su Estatuto y 20.1 de su Reglamento.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 16-17 y 20; y Costa, Jean-Paul, “Discours [...] à l’occasion de la cérémonie d’ouverture de l’année judiciaire”, 19 de enero de 2007, en *ibidem*, pp. 39 y 43-44.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 44 (énfasis añadido).

¹⁰² Canosa Usera, Raúl, “Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en Valadés, Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.) *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 25, citado en García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 53, n. 17. *Cfr.* Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 3, 51 y ss; y González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, *passim*. Véase *infra*, § VII.3.

¹⁰³ *Cfr.* Costa, *op. cit.*, nota 100, p. 38.

¹⁰⁴ Arts. 62 y 64 del Pacto de San José y 1o. y 2o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰⁵ *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999, p. 25.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se asemeja estructuralmente al penal, en tanto su Comisión de Derechos Humanos tiene una función similar a la del ministerio público,¹⁰⁶ sin perjuicio de que su etapa procesal surja por controversias entre Estados parte. La Comisión promueve y defiende los derechos humanos al ejercer el derecho de acción ante la Corte, que le otorga el artículo 61.1 de la Convención, por supuestas violaciones a las obligaciones impuestas en la misma, luego de recibir su denuncia y realizar las averiguaciones correspondientes (arts. 44 y 48).

Aunque mayormente los fallos de la Corte han versado sobre temas “tradicionalmente” resultantes de la experiencia histórica latinoamericana (torturas, desapariciones, ejecuciones y detenciones arbitrarias), en la actualidad ya se notan otros temas de menor impacto pero igualmente importantes. Entre ellos se cuentan los relativos a libertades y derechos democráticos, derechos indígenas y aun otros de carácter procesal, más “suaves” que los primeramente enunciados y que requieren sutiles y profundas determinaciones en especial en cuanto a la articulación de los derechos interamericano e interno, que seguramente se desarrollarán próximamente ya que apenas recientemente (1998) se incorporaron al sistema contencioso los países latinoamericanos con mayor población: México y Brasil.¹⁰⁷

Los efectos de la resolución de la Corte que declare la violación de algún derecho humano son, según el artículo 63.1 de la Convención, “garanti[zar] al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados[,] que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración [...] y el pago de una justa indemnización”; dicha reparación debe consistir en la plena restitución del derecho vulnerado (*restitutio in integrum*) —concepto acogido en el caso *Fábrica de Chorzów* de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁰⁸— y/o en el pago de una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, cuando dicho restablecimiento “no sea posible, suficiente o adecuad[o]”.¹⁰⁹

D. Corte Penal Internacional

La evolución del derecho de gentes se dirige a establecer normas mínimas para un orden público internacional, encabezadas por los derechos humanos, cuya grave violación dé lugar a la sanción penal de sus autores; en este aspecto, no puede decirse que la responsabilidad por crímenes internacionales sea un tema surgido apenas en los últimos años, pues ya desde décadas atrás se ha establecido la posibilidad de que sea declarada por instancias internacionales y locales, aunque sí “de moda” por el revuelo ocasionado por la institución de la Corte Penal Internacional.¹¹⁰

El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional con el objeto de crear un tribunal permanente, complementario a las jurisdicciones nacionales, para

¹⁰⁶ García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, pp. 89-90.

¹⁰⁷ Véase *ibidem*, pp. 97 y 99 y ss.

¹⁰⁸ En el cual se indicó que, según “parece desprenderse de la práctica internacional, particularmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales”, “la reparación debe, en tanto sea posible, hacer desaparecer todo rastro de las consecuencias (*effacer toutes les conséquences*) del acto ilícito y restablecer la situación (*état*) que habría probablemente (*vraisemblablement*) existido si dicho acto no se hubiese cometido”. *Allemagne c. Pologne*, fondo, 13 de septiembre de 1928, serie A, núm. 17, p. 47.

¹⁰⁹ CIDH, *Velásquez Rodríguez*, reparaciones, 21 de julio de 1989, serie C, núm. 7, §§ 25-26; y CIDH, *Aloeboetoe y otros*, reparaciones, 10 de septiembre de 1993, serie C, núm. 15, § 49. Véase Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 460-466.

¹¹⁰ *Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 54; y Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, p. 199. Véase Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 565-568.

asegurar que no queden impunes los crímenes internacionales,¹¹¹ en “interés de las generaciones presentes y futuras” según su preámbulo. Por el contenido de sus disposiciones, bien puede tenerse al Estatuto de Roma como un verdadero código penal internacional, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, cuyo capítulo tercero establece los principios generales de esta materia.

La Corte Penal Internacional está ligada (*liée*) a las Naciones Unidas aunque mantiene su independencia; igualmente tiene sede en La Haya y sus idiomas oficiales son: inglés árabe, chino, español, francés y ruso.¹¹² Conoce de los “delitos más graves que afectan al conjunto de la comunidad internacional”, entre los que están los siguientes: genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión,¹¹³ con una competencia *ratione temporis* como indica el artículo 11 de su Estatuto.

Es notable que la Corte Penal tiene “la capacidad jurídica que le sea necesaria para ejercer sus funciones y cumplir su misión”, según expresa el artículo 4.1 del Estatuto de Roma, disposición que prácticamente es una autorización en blanco para que este organismo realice un amplio número de acciones en ejercicio de sus atribuciones. Además, según el artículo 80 de su tratado fundacional —aunque su segunda parte es un tanto equívoca—, las penas impuestas por la Corte Internacional son sin perjuicio de las establecidas en el derecho interno de los Estados. Asimismo, el artículo 86 del Estatuto impone a los Estados el deber de cooperar “plenamente” en las averiguaciones y persecuciones de la Corte respecto de los delitos de su competencia.

El Estatuto de Roma entró en vigor el 1o. de julio de 2002, al cumplirse lo previsto en su artículo 126.¹¹⁴ México expresó su adhesión al mismo el 7 de septiembre de 2000.¹¹⁵

E. Unión Africana y Liga Árabe

En el sistema africano de derechos humanos hasta el 2 de julio de 2006 cuando entraron en funciones los jueces de la Corte Africana¹¹⁶ no existió un órgano jurisdiccional sino sólo una Comisión con la función de promover el respeto de los derechos humanos, según el artículo 45.1 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), lo que daba lugar a un “débil mecanismo de protección” de los derechos humanos en ese ámbito,¹¹⁷ sin embargo, llaman la atención las facultades que a ese órgano otorgan respectivamente los artículos 45.1, inciso b), y 45.3 de dicho instrumento, para “formular y establecer principios y normas [...en la materia,...] sobre los cuales puedan basar su legislación los gobiernos africanos” y de competencia consultiva, idénticas a las de los principales tribunales internacionales, que le pueden formular los Estados parte, las instituciones de la Organización para la Unidad Africana y las reconocidas por ésta; igualmente, resalta que los artículos 60 y 61 del mismo instrumento permita que las decisiones interpretativas de la Comisión puedan

¹¹¹ Corte Penal Internacional, *Cour Pénale Internationale: Introduction historique*, La Haya, 21 de mayo de 2006, <http://www.icc-cpi.int/about/ataglance/history.html> borrar

¹¹² Arts. 2o., 3.1 y 50.1 del Estatuto de Roma; e *idem*.

¹¹³ Art. 5.1 del Estatuto de Roma. Los posteriores numerales “tipifican” los ilícitos relacionados.

¹¹⁴ *Supra*, nota 111.

¹¹⁵ Secretaría de Relaciones Exteriores, *SRE Tratados en internet*, México, 21 de mayo de 2006, <http://tratados.sre.gob.mx>

¹¹⁶ Lyons, Scott, “The African Court on Human and Peoples’ Rights”, *ASIL Insights*, Washington, American Society of International Law, vol. 10, núm. 24, 19 de septiembre de 2006, [http://www.asil.org/insights/\[-\]2006/09/insights060919.html](http://www.asil.org/insights/[-]2006/09/insights060919.html).

¹¹⁷ Véanse Morenilla Rodríguez, *op. cit.*, nota 19, p. 63; y Castillo, *op. cit.*, nota 8, pp. 180-182.

fundarse en las disposiciones de las agencias especializadas de la ONU y en “principios y estándares internacionales” en general.¹¹⁸ La dura experiencia bélica y dictatorial africana que había impedido una adecuada protección de los derechos humanos en ese continente, resultó en una serie de conferencias diplomáticas y arduas negociaciones que originaron al actual Tribunal Africano de Derechos del Hombre y de los Pueblos,¹¹⁹ el cual posee competencia tanto contenciosa como consultiva pero insertándose esta última en una compleja coordinación con la misma facultad con la que cuenta la Comisión de ese sistema.¹²⁰

Por otro lado, habremos de estar atentos al desarrollo del sistema árabe de protección de los derechos humanos, que plantea importantes cuestiones sobre el necesario universalismo de éstos¹²¹ y su armonización con la cultura árabe. El tema es sumamente complejo, no solamente por las diferencias entre las perspectivas occidental que inspira primordialmente a los derechos humanos y la *Shari'ah* —el marco ético-jurídico inspirado en el Corán— que por sí bastan para dificultarlo, sino además por las diversas interpretaciones que se dan a la ley musulmana en los Estados árabes.¹²²

Aunque incipientemente éste sólo cuenta con el Comité de Expertos en Derechos Humanos electos por los integrantes de la Liga Árabe,¹²³ con meras facultades de vigilancia y reporte al Comité del ramo de dicha organización, la Carta Árabe de Derechos Humanos (15 de septiembre de 1994) que lo instituye es un tratado internacional y fuente jurídica entre sus Estados parte. Dado el contexto cultural y geopolítico del Medio Oriente, dicho instrumento enfatiza las reivindicaciones antisionistas del pueblo árabe¹²⁴ y adapta a su entorno los principios de la Declaración Universal especialmente en cuanto a alguna (asombrosa) libertad religiosa —aunque siempre con predominio islámico—,¹²⁵ para justipreciar estas diferencias es preciso considerar que los países árabes no han experimentado el mismo desarrollo histórico de los occidentales, determinante en la concepción que éstos tienen sobre los derechos humanos.¹²⁶ Una versión revisada y actualizada de dicha Carta se adoptó en mayo de 2004 y, aunque todavía tiene importantes deficiencias que le impiden alcanzar plena conformidad con los parámetros internacionales de la materia, como es el caso de los derechos de la mujer, omisiones sobre el derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos crueles y degradantes, y otras más sobre seguridad jurídica, no puede dejar de tenerse como un “significativo paso hacia adelante” en el contexto de la región.¹²⁷

¹¹⁸ Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 968-969 y 978.

¹¹⁹ *Supra*, nota 116; y Umzurike, U.O., “Derechos humanos y desarrollo”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, París, UNESCO, núm. 158, diciembre de 1998, <http://www.unesco.org/issj/rics158/umozurikespa.html#utl>.

¹²⁰ Véase Odimba, *op. cit.*, nota 118, pp. 982-983.

¹²¹ *Cfr.* Beuchot, Mauricio, “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una perspectiva filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 58.

¹²² Rishmawi, Mervat, “The revised Arab Charter on Human Rights: A step forward?”, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press-Universidad de Nottingham, vol. 5, núm. 2, 2005, pp. 366-368.

¹²³ Está pendiente la creación de un Tribunal Árabe de Justicia que se ocuparía de cuestiones sobre derechos humanos y disputas iusinternacionales, a la cual da lugar el art. 19 de la Carta de la Liga Árabe. *Ibidem*, p. 362.

¹²⁴ Véase *ibidem*, p. 369.

¹²⁵ Véanse Morenilla Rodríguez, *op. cit.*, nota 19, pp. 64-65; y Whitaker, Brian, *Human rights in the Arab world*, <http://www.al-bab.com/arab/human.htm>.

¹²⁶ Véase Arabia Saudita, Ministerio de Cultura e Información, *The Saudi Arabian Information Resource. Questions of human rights*, Riad, <http://www.saudinf.com/main/x004.htm>.

¹²⁷ Rishmawi, *op. cit.*, nota 122, pp. 361 y 369-376.

III. CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS INTERNACIONALES

1. *Derechos humanos y fundamentales*

Es tan notoria y directa la relación entre el derecho constitucional y el internacional de los derechos humanos, que se facilita enormemente su confusión —especialmente al hablar sin rigor técnico—. ¹²⁸ Sólo para ser precisos en nuestra exposición sucesiva, haremos algunas aclaraciones al respecto.

“[T]odos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*”, originados de las implicaciones de la dignidad humana y la naturaleza del ser humano en general. ¹²⁹ De esta afirmación inferimos que entre unos y otros existe una relación de especie a género; la diferencia específica de los derechos fundamentales es, simplemente, que se incluyen en ciertas expresiones de la Constitución y gozan por lo tanto de su jerarquía normativa —lo que incluiría también al llamado bloque de constitucionalidad—; en cambio, los “derechos humanos” abrazan además a los establecidos en materiales jurídicos ajenos al constitucional y no asimilables a él. ¹³⁰ Por lo anterior, reservaremos la denominación de “derechos fundamentales” a aquellos expresados e implicados en el texto constitucional o que indiscutible y definitivamente se integren al bloque de constitucionalidad —siempre que éste sea reconocido, claro—, y usaremos la de “derechos humanos” con el alcance genérico expuesto.

Los derechos humanos originalmente sentaron raíces en el derecho constitucional, siendo primeramente las declaraciones y los textos fundamentales nacionales quienes reconocieron su existencia y postularon su defensa, formando así un propio ámbito jurídico interno; en el último siglo, como ya señalamos, declaraciones y tratados internacionales en este ámbito han provocado que los derechos humanos dejen de ser una cuestión exclusivamente doméstica de los Estados y se regulen por las materias constitucional e internacional, que a este respecto mantienen una estrecha relación de influencia recíproca. ¹³¹

Esta inextricable operación conjunta de los ámbitos constitucional e internacional en materia de derechos humanos, es uno de los temas centrales de la discusión sobre la prevalencia de uno sobre el otro, desarrollada con frecuencia adoptando posiciones defendidas más por preferencias personales que por reflexión sobre los argumentos, aludiendo a las conocidas posiciones monistas y dualistas. En la opinión de Brownlie, “las construcciones teóricas han hecho mucho para oscurecer las realidades” y debe preferirse un enfoque práctico con el fin de crear “una sensible relación funcional (*working*) entre ambos sistemas en la

¹²⁸ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 58 y 81-82.

¹²⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 9 (cursivas en el original). Usando ciertas licencias del alemán en su clasificación, Häberle distingue entre los “derechos fundamentales (*Grund-Rechte*)” —de corte naturalista—, los “humanos” —contenidos en instrumentos internacionales— y los “civiles (*Bürger-*)” —de procedencia constitucional nacional—, sosteniendo que los dos últimos son especies de los primeros y derivando todos de la dignidad humana como base antropológica-cultural; “Das Konzept der Grundrechte”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 291 y 299.

¹³⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 54. Véase Chinchilla Herrera, Tulio Eli, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 58-68.

¹³¹ Gros Espiell, Héctor, “Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 171-173 y 184-186.

jurisdicción de un Estado en particular, un acomodo entre ellos más que alcanzar una ‘armonía’ formal o la ‘primacía’ del derecho internacional”.¹³²

Para nuestro objeto de estudio, la solución anterior sólo puede obtenerse reconociendo que “[t]odos los derechos humanos [...] son interdependientes, forman una *unidad* y están intercondicionados”, porque inciden normativamente en la situación fáctica que guarda algún individuo en concreto y por consiguiente requieren de un esfuerzo simultáneo de ambas materias.¹³³ Ante la necesidad de una categórica solución a la cuestión, por lo menos en lo tocante a los derechos humanos, hay pronunciamientos a favor de la prevalencia del derecho internacional sobre el nacional, con base en el hecho incontrovertible de que la naturaleza misma de aquél impone obligaciones que éste debe cumplir, como veremos a detalle en las siguientes secciones.¹³⁴

2. Responsabilidad internacional y soberanía estatal

Ocurre en el ámbito internacional lo mismo que en el interno: provengan los deberes jurídicos de normas imperativas o convencionales, su cumplimiento es ineludible y los sujetos a quienes se dirigen, incurren en responsabilidad —con variables consecuencias— de no realizar las conductas que le ordenan. De modo que, para el derecho internacional,

indudablemente es un firme principio general que en cualquier caso en el cual la mala conducta de parte de [personas al servicio del Estado], sin importar su *status* particular o rango según el derecho interno, resulte en la falla de una nación en el cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional, *ella debe soportar la responsabilidad por los actos ilícitos de sus servidores*.¹³⁵

La responsabilidad de los Estados, principales sujetos del derecho internacional, es uno de los más arraigados principios de esta rama jurídica y “concomitante a normas sustantivas y a la suposición de que los actos y omisiones pueden calificarse de ilícitos (*illegal*)”, por no realizar la conducta impuesta por un deber jurídico convencional o no. Generalmente se traduce en una compensación económica por daños y perjuicios, pero sus consecuencias se extienden a constituir la obligación estatal de “finalizar una situación ilícita”, *grosso modo*: en la “plena restitución” del estado de cosas anterior a la infracción —especialmente tratándose

¹³² *Op. cit.*, nota 6, pp. 33-34, 50 y 55.

¹³³ Gros Espiell, *op. cit.*, nota 131, pp. 177 y 183 (cursivas añadidas al texto transcrito). Véase STC 21/1981, F.J. 10.

¹³⁴ *Cfr.* Quiroga León, Aníbal, “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 289; y Gómez Pérez, Mara, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 1625. Véanse Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ediar, 2003, pp. 461-465; y Muñoz Machado, Santiago, *Constitución*, Madrid, Iustel, 2004, pp. 316-317.

¹³⁵ Comisionado Nielsen en el caso *Massey* (1927; ONU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 155), citado en Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 450 (segundas cursivas añadidas; sustitución de texto en el original).

de derechos humanos—, mismas que se expresan en los tratados europeo e interamericano humanitarios.¹³⁶

Podría oponerse a estas ideas la mayor o menor ineficacia del derecho internacional para imponer sus normas, pero ello de ningún modo significa que no exista el deber jurídico — como tal— de los Estados para conformar su actuación a él y las obligaciones igualmente jurídicas que deriven de su responsabilidad por incumplirlo. Aun pensando que el derecho internacional fuera “rudimentario” o estuviera “en formación” —algo muy discutible en el siglo XXI—, no puede olvidarse que su fundamento se encuentra en la misma *comunidad internacional* —idea para nada nueva, sino sostenida desde Grocio—, “establecida por *la razón misma de las cosas*; por el principio de *solidaridad humana*, por nexos sociológicos, en fin, por la *necesidad histórica*”; esta comunidad sin duda requiere instrumentos normativos, jurídicos y no sólo morales, que permitan la convivencia civilizada de sus integrantes que de ningún modo pueden sustraerse a ella pues, si el ser humano no puede concebirse aisladamente, mucho menos los Estados que encuentran cabida en el orbe que todos habitamos.¹³⁷

Vinculado el Estado como sujeto del derecho internacional a las normas de éste, su incumplimiento a ellas genera su responsabilidad —máxime si derivan de tratados regidos por el *pacta sunt servanda* como principio general¹³⁸—, sin que sirva de justificación alegar lo dispuesto en su derecho interno, constitucional inclusive, como indica el artículo 27 de la Convención de Viena,¹³⁹ en especial cuando sus obligaciones internacionales no se han asimilado a éste o lo han hecho en una precaria situación jerárquica. Aun si en el ámbito doméstico se permitiera soslayar con facilidad las obligaciones internacionales, tal situación normalmente sería irrelevante para efectos de la responsabilidad internacional del Estado.

Evidentemente, la satisfacción de los deberes jurídicos internacionales del Estado frente a la comunidad internacional en el terreno de los derechos humanos o cualquier otro, solamente puede darse si los órganos estatales adecuan su conducta a aquéllas. Tales obligaciones de derecho internacional, y precisamente las relativas a derechos humanos, desde luego implican la limitación a su soberanía interior, es decir a su facultad de decidir libremente en cuanto a los sujetos y objetos sobre los que ejerza jurisdicción.¹⁴⁰ Aunque tautológica, la opinión general es que el ámbito exclusivo de la jurisdicción nacional o doméstica es aquel sin vinculación al

¹³⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 436-437 y 517-519; arts. 46 del Convenio de Roma y 63.1 del Pacto de San José; CIDH, *Tribunal constitucional*, fondo, 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71, §§ 118-119; y CIDH, *Castillo Páez*, reparaciones, 27 de noviembre de 1998, serie C, núm. 43, § 53.

¹³⁷ Cfr. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 65 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹³⁸ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 620. También pensamos que el principio *pacta sunt servanda* es una norma de *ius cogens*, al ser imprescindible para normar la convivencia de los Estados respecto de la observancia de sus estipulaciones; véase el tercer párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹³⁹ El artículo 46.1 de la Convención de Viena restrictivamente admite la invalidación del consentimiento de un Estado a la celebración de un tratado, por haberse otorgado contra su derecho interno, sólo cuando “esa violación sea *manifiesta* y afecte a una norma de *importancia fundamental*” (cursivas añadidas); pero lo anterior debe entenderse aplicable, como se ha dicho, sólo a aquellas obligaciones exclusivamente derivadas de la voluntad de los Estados, *convencionalmente* adquiridas, mas no a los deberes imperativamente vinculatorios para ellos, provenientes de normas perentorias. Sobre el tema véanse *ibidem*, pp. 617-618; Reuter, *op. cit.*, nota 37, pp. 216-217; y CIDH, OC-14/94, *cit.*, nota 77, § 35.

¹⁴⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 6 y 36. Véase Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 324.

derecho internacional, el que no se encuentra determinado por éste;¹⁴¹ de lo anterior no es difícil concluir que los compromisos internacionales sobre derechos humanos —y eso sin hablar de que sean normas de *jus cogens*—, excluyen esta materia de la potestad soberana estatal.

En primer lugar, el derecho internacional de los derechos humanos vincula al poder constituyente y precisamente al revisor o “permanente”. Sin duda, lo anterior es una verdadera revolución en la jerarquía tradicional del ordenamiento jurídico, que acontece en todos los países, pero impuesta precisamente por el carácter de “valores fundamentales” de los derechos humanos —o de la integración comunitaria, en su caso— y la diferencia axiológica que mantienen respecto de otros temas de los que el derecho internacional tradicionalmente se ocupa: libre comercio, cooperación científica y tecnológica, etc.¹⁴² La teoría francesa de los principios supraconstitucionales parece tener consenso en que únicamente aquellos principios “heterónomos”, o sea ajenos a la misma Constitución como los derivados del derecho internacional, tienen carácter supraconstitucional aunque fuera sólo en un sentido débil respecto del poder constitucional de revisión.¹⁴³

Esta limitación al poder constituyente se da en principio directamente con los derechos fundamentales en la obligación de aquél de *instituirlos y adecuarlos* a las prescripciones de del derecho internacional de los derechos humanos; para este último aspecto es de gran relevancia la interpretación constitucional, de lo que nos ocuparemos más adelante. Pero, además, la vinculación constitucional a los derechos humanos puede tener consecuencias políticas trascendentes a la mera esfera individual, que tocarían aspectos estructurales y procedimentales del derecho público interno, porque aquéllos “tienen un contenido y una proyección política y humana esencial y constituyen un elemento indispensable hoy para asegurar la pervivencia y desarrollo de la democracia”.¹⁴⁴

Los derechos humanos internacionales se hallan tan íntimamente relacionados con el concepto de “sociedad democrática”,¹⁴⁵ que aludir a ésta ya se ha convertido en un fructífero tópico de la argumentación de los tribunales internacionales y podría dar pie a compromisos del Estado derivados de las estipulaciones de los tratados correspondientes,¹⁴⁶ que en primer

¹⁴¹ Véase Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 293-299; y CPJI, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, opinión consultiva del 4 de febrero de 1932, series A/B, núm. 44, p. 25.

¹⁴² Cfr. Troper, Michel, “En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, París, Consejo Constitucional, núm. 9, marzo-septiembre de 2000, §§ 31-32 y 37, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/troper.htm>

¹⁴³ Cfr. Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 162-163; y Troper, Michel, “La noción de principio supraconstitucional”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, p. 86.

¹⁴⁴ Gros Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1032-1033.

¹⁴⁵ Cfr. Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 130. Para una relación de los elementos de una “sociedad democrática” en sede internacional, véase *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, núm. 41340/98 *et al.*, fondo, 31 de julio de 2001, §§ 43-53.

¹⁴⁶ Por ejemplo, los arts. 3o., 14.1, 21, 22.2 y 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cuarto párrafo del preámbulo, 6.1, 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo Núm. 1; y segundo párrafo del preámbulo, 2o., 15, 16.2, 22.3 y 32.2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente los artículos 23 y 29, inciso c), que prohíbe “excluir otros derechos y garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Sobre los derechos políticos

término correspondería satisfacer al Constituyente, conducentes a necesarias referencias e implicaciones ideológicas en materia política, que incidieran en la configuración del régimen democrático interno y aun en aspectos estrictamente electorales.^{147 y 148}

La responsabilidad internacional del poder constituyente quedó en evidencia por la Corte Interamericana en el caso de *La Última Tentación de Cristo*, en el cual resolvió que “puede generarse por actos y omisiones de cualquier poder u órgano [del Estado], *independientemente de su jerarquía*, que violen la Convención Americana”, lo que en esa ocasión se produjo por violación a la libertad de expresión a causa de la censura previa del artículo 19 de la Constitución chilena, cuya supresión ordenó.¹⁴⁹

Por otra parte aunque en estrecha relación con lo anterior, la posibilidad de que los tribunales internacionales de derechos humanos puedan revisar la conformidad del ordenamiento interno de los Estados, incluyendo el *fundamental* y las sentencias de los jurisdicción de este campo, al implicar la necesidad de que interpreten los elementos anteriores, no sólo formal y materialmente los haría análogos a los tribunales constitucionales, sino los convertiría verdaderamente en una *última instancia* que definiría el sentido de las normas constitucionales y la jurisprudencia relativa, en las que tuvieran alguna ingerencia por su relación con los derechos humanos, no obstante que sea de naturaleza complementaria.¹⁵⁰ Lo anterior, más bien, es una consecuencia práctica de la existencia de la jurisdicción internacional de derechos humanos, que su intención deliberada; los tribunales internacionales no tienen el objetivo de fungir como una instancia “adicional” sino velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales a que se refiera su competencia,¹⁵¹ pero ciertamente pueden hacer sus veces en términos prácticos.

como derechos fundamentales, véase Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 26-31.

¹⁴⁷ Cfr. Navarrete Montes de Oca, *op. cit.*, nota 21, pp. 74-76; TEDH, *Partie communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, núm. 19392/92, fondo y satisfacción equitativa, 30 de enero de 1998, §§ 28-30 y 45; *Bowman c. Royaume-Uni*, núm. 24839/94, fondo y satisfacción equitativa, 19 de febrero de 1998, § 42; CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, §§ 29-31 y 34; CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, OC-9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, § 35; y *Sudre et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 55-56.

¹⁴⁸ Concretamente sobre la protección internacional de los derechos electorales, véanse las opiniones disidentes de los jueces De Meyer —en especial— y Löhms en TEDH, *Pierre-Bloch c. France*, núm. 25404/94, fondo, 21 de octubre de 1997; TEDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, núm. 9267/81, fondo, 2 de marzo de 1987, § 46 y ss; y TEDH, *Gitonas et autres c. Grèce*, núms. 18747/91 *et al.*, fondo, 1o. de julio de 1997, § 39; y CIDH, *Yatama*, fondo y reparaciones, 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, §§ 194, 201, 204-207, 215-217 y 226.

¹⁴⁹ *Olmedo Bustos y otros*, fondo, 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, §§ 72, 87-88 y 97 (cursivas añadidas al texto transcrito). Véase también CIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, OC-4/84, 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, § 14; y TEDH, *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, núm. 28602/95, fondo, 21 de febrero de 2006, § 40.

¹⁵⁰ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1583-1585; Ayala Corao, Carlos, “La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 185; y García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, pp. 57 y 81. La Corte Interamericana, actuando como “legislador negativo” a semejanza de un tribunal constitucional, anuló leyes ordinarias de amnistía en el caso *Barrios Altos* (fondo, 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75, §§ 41 y 44); Gómez Pérez, *op. cit.*, nota 134, p. 1622.

¹⁵¹ *Supra*, nota 67. Véanse CIDH, *Trabajadores cesados del Congreso*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, § 107; CIDH, *Genie Lacayo*, fondo, 29 de enero de 1997, serie C, núm. 30, § 94; TEDH, *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de*

Ciertamente la soberanía estatal, entendida como la potestad de las autoridades nacionales para decidir en sus ámbitos domésticos, se limita —y considerablemente— por el derecho internacional de los derechos humanos; pero esta limitación, lejos de ser una agresión a los Estados y a los individuos sobre los que ejerce jurisdicción, es en beneficio de éstos últimos como razón de ser de la organización estatal y, primordialmente en tanto deriven de convenciones celebradas con otros Estados, producto del ejercicio de la misma soberanía que se dice vulnerada.¹⁵² La idea de soberanía, en realidad, “se ha exagerado sin provecho y más bien como para afirmar el poder interno” y ensalzar nacionalismos vanos y obcecados; dado el avance que en las últimas décadas han tenido los derechos humanos en la escena internacional, su concepción extrema produce un esquema sencillamente inadecuado a las necesidades del derecho constitucional de nuestro tiempo.¹⁵³

3. *El Estado cooperativo haerberliano*

Una de las misiones del derecho internacional es “permitir la creación de instituciones aptas para la *cooperación* entre los Estados”,¹⁵⁴ en los más variados campos de acción humana. Además de intereses comunes en materias socioeconómicas, los Estados pueden compartir otros de carácter “*ideal-moral*”, cuyo mejor ejemplo son los derechos humanos como expresión de un consenso racional de diferentes naciones y culturas, sobre la idea del ser humano, su dignidad inherente y las obligaciones estatales para impedir su afectación.¹⁵⁵

La consecuencia natural de que el Estado constitucional se funde sobre el respeto a la dignidad humana y el pluralismo, que promueven una sociedad “abierta”,¹⁵⁶ que esta apertura y los principios que la inspiran tengan no sólo una dimensión “interna”, sino también una “externa” que se manifieste a través de la colaboración “política y jurídica” del Estado en la escena internacional y mundial. El Estado constitucional es —“hacia fuera”— activamente cooperativo, responsable, dispuesto y solidario, ante la comunidad internacional y los valores que la unifican: los derechos humanos, reflejando de este modo los perfiles del Estado constitucional en el ámbito internacional; tales son los caracteres del ideal *Estado constitucional cooperativo* que vislumbra el profesor Häberle.¹⁵⁷

De esta cooperación internacional nos ofrecen un ejemplo textual los artículos 24.2, 24.3 y 25 de la Ley Fundamental alemana, que establecen un principio de “afabilidad al derecho internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*)”.¹⁵⁸ Las dos primeras disposiciones respectivamente facultan al gobierno federal a establecer un sistema para la “afirmación de la paz” y a limitar

l'enseignement en Belgique” c. *Belgique*, núms. 1474/62 et al., fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § 1; y TEDH, *Loizidou v. Turkey*, cit., nota 55, § 70.

¹⁵² García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 79, n. 35; y Gómez Pérez, *op. cit.*, nota 5, p. 36.

¹⁵³ Cfr. Sepúlveda, *op. cit.*, nota 49, p. 25; y Troper, *op. cit.*, nota 142, § 16.

¹⁵⁴ Sepúlveda, *op. cit.*, nota 49, p. 38 (cursivas añadidas).

¹⁵⁵ Cfr. Häberle, Peter, “Der kooperative Verfassungsstaat”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 293-294; y García-Huidobro, Joaquín, “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una perspectiva filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 114.

¹⁵⁶ Cfr. Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, vol. II, pp. 348-353; y Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 71-72.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, nota 155, pp. 288-289. Cfr. García Ramírez, *loc. cit.*, nota 102.

¹⁵⁸ Véase BVerfGE 111, 307 (317-318).

sus “derechos soberanos” para producir y asegurar un “orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo”, y establecen su deber de someter las diferencias internacionales en las que sea parte el Estado alemán a las instancias creadas para ello; la última dispone que las normas del derecho internacional son parte del ordenamiento federal y tienen una situación jerárquica superior a la ley ordinaria y, además, declara que tales normas originan inmediatamente derechos y obligaciones, lo que adquiere obvia importancia para los derechos humanos.¹⁵⁹

Particularmente en materia de derechos humanos, el (auténtico) Estado constitucional debe inclinarse plenamente a una cooperación con otras naciones para salvaguardarlos, efectiva y no discursiva, a través de la apertura de su ordenamiento jurídico interno al derecho internacional. Lo anterior por dos razones principales: 1) para lograr una “claridad constitucional” construida con el intercambio plural de ideas no sólo de la sociedad “interna” del Estado, sino también con las perspectivas de los demás miembros de la sociedad a la que pertenece “externamente”, es decir de la comunidad internacional, que le permitan enriquecer su ordenamiento en materia de derechos fundamentales;¹⁶⁰ y 2) por una simple actitud de congruencia, pues sería reprochable —Häberle lo califica de comportamiento “esquizofrénico”— que el Estado se manifestara de un modo ante la sociedad internacional y en su ámbito interno no actuara de conformidad a la postura que adoptó exteriormente o no la siguiera cabalmente.¹⁶¹

La apertura del ordenamiento constitucional al derecho internacional exige sin duda el abandono de posturas maniqueas respecto de la acción conjunta de ambos sistemas; especialmente para efectos de la tutela de los derechos humanos, la solución se encuentra en coordinar y combinar los ordenamientos internacionales y domésticos¹⁶² para la óptima realización del fin último de ambos: la protección de la dignidad humana, como enseña el profesor de Bayreuth:

...El derecho constitucional no empieza ahí donde termina el internacional, sino sucede lo contrario: el derecho internacional no acaba ahí donde inicia el constitucional...

El Estado constitucional cooperativo no conoce la alternativa de una primacía del derecho del Estado o del internacional; toma tan en serio la observada interacción entre las relaciones externas, o sea el derecho internacional, y el ordenamiento constitucional interno (nacional), que se fusionan en un *todo* partes del derecho internacional y del constitucional interno. Por eso no es muy acertado señalar a los convenios internacionales de derechos humanos, en relación con la [Ley Fundamental], sólo como una “Constitución paralela iusinternacional (*völkerrechtliche*

¹⁵⁹ Tradicionalmente los tratados internacionales no inciden directamente en la esfera individual por tratarse de compromisos entre Estados, lo que ha servido a los intentos de justificación del incumplimiento de los relativos a derechos humanos; pero actualmente ha quedado bien establecido que éstos son una excepción a aquella situación general y que, por su propia naturaleza y voluntad de los Estados, benefician inmediatamente a los individuos bajo su jurisdicción y éstos adquieren personalidad jurídica internacional al menos en este rubro. Cfr. Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 558-559 y 584-585; Álvarez Vita, *op. cit.*, nota 31, pp. 49-51; CIDH, *Ivcher Bronstein*, competencia, 24 de septiembre de 1999, serie C, núm. 54, §§ 42-45; y TEDH, *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, *loc. cit.*, nota 149.

¹⁶⁰ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 155, p. 288; y Häberle, Peter, “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 60.

¹⁶¹ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 129, p. 287. Exactamente a la misma conclusión llega Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 128, p. 352.

¹⁶² Cfr. Gros Espiell, *op. cit.*, nota 131, p. 183; y Brownlie, *loc. cit.*, nota 132.

Nebenverfassung)”, ya que esta “Constitución paralela” es en realidad parte integrante de la constitución estatal de la [Ley Fundamental], no se encuentra “junto” a ella.¹⁶³

Justamente por esta apertura de su ordenamiento constitucional a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, el Estado —a quien toca ceder en este tema, por tener que vencerse en su seno inercias muy arraigadas— “pierde su ‘introversión (*Introvertiertheit*)’, se orienta como ‘Estado constitucional cooperativo’”.¹⁶⁴

IV. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN *PRO HOMINE* DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *El principio pro homine*

La acción conjunta de los ordenamientos internacional y nacional en materia de derechos humanos, se armoniza en dos formas:¹⁶⁵ 1) a través de la interpretación de la normativa doméstica —en especial la constitucional— de conformidad con la internacional para impedir ésta se viole por el derecho interno, de la que nos ocuparemos en la siguiente sección; y 2) por la aplicación del principio *pro homine* que explicaremos en la presente.

El principio *pro homine* —también *favor libertatis* o similares denominaciones¹⁶⁶— es un criterio de aplicación jurídica que busca el mayor beneficio para el goce de los derechos de la persona, interpretando y aplicando el orden jurídico del modo “más favorable al ser humano”,¹⁶⁷ a fin de que los derechos humanos no sean “teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”,¹⁶⁸ que se traduce como ha señalado claramente en México el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en que “debe acudirse a *la norma más amplia o a la interpretación extensiva* cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a *la norma o a la interpretación más restringida*, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio”.¹⁶⁹ Este principio, entonces, se *proyecta doblemente* para llevar al máximo el goce de los derechos humanos, según explicaremos a continuación.

Una primera, que denominamos “externa” para distinguirla, se refiere a la prelación entre normas pertenecientes a *diferentes ordenamientos* como por ejemplo: un tratado universal y otro regional, un tratado y la Constitución o, incluso, ésta y una ley nacional ordinaria. En caso de que uno de estos cuerpos normativos establezca un derecho humano con mayor amplitud

¹⁶³ *Op. cit.*, nota 155, p. 291 (cursivas en el original).

¹⁶⁴ Häberle, *op. cit.*, nota 129, p. 285.

¹⁶⁵ *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1538-1539.

¹⁶⁶ Se ha señalado la inconveniencia de la denominación “*pro homine*” de este principio por su viso discriminatorio al traducirse como “a favor del hombre”, que haría preferible una nomenclatura como “*pro persona*” o semejante. Esta impugnación en realidad es infundada; el término latino “*hōmo, hōmīnis*” designa al “ser humano”, no al sujeto masculino con el que hace lo propio “*vīr, vīri*”, de modo que alude neutralmente al género humano como el vocablo griego “*άνθρωπος*” —distinguible de “*άνήρ, ανδρός*”: varón— y el alemán “*Mensch*” —igualmente respecto de “*Mann*”—. *Cfr.* Pimentel Álvarez, *op. cit.*, nota 33, pp. 336 y 846; y Mateos Muñoz, Agustín, *Compendio de etimologías grecolatinas del español*, 30a. ed., Naucalpan, Esfinge, 1992, pp. 184 y 243.

¹⁶⁷ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1535.

¹⁶⁸ TEDH, *Artico c. Italie*, núm. 6694/74, excepciones preliminares, 13 de mayo de 1980, § 33.

¹⁶⁹ “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis I.4o.A.441 A, p. 2385; y “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA”, *idem*, 9a. época, t. XXI, febrero de 2005, tesis I.4o.A.464 A, p. 1744 (cursivas añadidas en ambos casos).

que el otro, creando aparentemente un conflicto entre ellos, según el principio que nos ocupa deben aplicarse las disposiciones del primero.¹⁷⁰

La segunda *proyección*, que llamamos “interna”, se basa en una (moderna) teoría general de la interpretación que acepta la posibilidad de dar a un texto normativo, a una “disposición”, dos o más significados y que resulten de aquél tantas “normas” *stricto sensu*.¹⁷¹ Se impone por lo tanto para la interpretación de una disposición relativa a derechos humanos, aisladamente considerada, optar por la alternativa semántica que produzca mayor beneficio al individuo titular de su protección.¹⁷²

El fundamento del principio *pro homine* se encuentra en la naturaleza progresiva de los derechos humanos; el reconocimiento de prerrogativas del ser humano o el surgimiento de ellas por los cambios en la realidad, se da hacia delante y nunca hacia atrás en su amplitud protectora, por ejemplo: hace algunos siglos podía admitirse sin dificultad la esclavitud pero ahora, en cambio, su ilicitud —moral y jurídica— está fuera de discusión. Es precisamente este afincamiento progresivo quien da la pauta para la adecuación de los derechos humanos en los ordenamientos internacional y doméstico, tanto en sus relaciones entre sí como en su interior, ante la prolija normativa sobre el tema, sin importar en absoluto la procedencia universal, regional o nacional, de los derechos reconocidos a la persona humana.¹⁷³

El principio *pro homine* es de origen internacional y es opinión general que lo perfeccionó la Corte Interamericana.¹⁷⁴ Es una consecuencia de cláusulas interpretativas de varios tratados internacionales que, a grandes rasgos, prohíben la aplicación de éstos con el efecto de reducir la protección que más ampliamente concedan otras convenciones o el derecho interno de sus Estados parte.¹⁷⁵ En tal virtud, la aplicación de normas domésticas —fundamentales u ordinarias— “sobre” las internacionales a que se llega con dicho principio, en realidad deriva de una permisión garantista no sólo consentida sino alentada por el derecho de gentes y, desde el punto de vista puramente doméstico, justificada por la teleología de los derechos fundamentales que comparte con los humanos de fuente internacional.¹⁷⁶

Es correcto, en nuestra opinión, decir que la jurisdicción internacional americana ha delineado el principio de que hablamos con precisión y puntualidad. Pero cabe anotar que el Tribunal Europeo, sin visible influencia de aquélla, además de apreciar la distinción entre las proyecciones “externa” e “interna” del principio *pro homine* a que aludimos arriba,¹⁷⁷ ha usado sus implicaciones para prohibir interpretaciones extensivas de las excepciones a los derechos del Convenio de Roma, usar interpretaciones amplias que beneficien la efectividad

¹⁷⁰ CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, § 52.

¹⁷¹ Cfr. Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11; y Pérez Luño, Antonio-Enrique, et al., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 174.

¹⁷² CIDH, *Viviana Gallardo y otras*, decisión de 13 de noviembre de 1981, serie A, núm. G 101/81, § 16; y CIDH, *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, § 30.

¹⁷³ Véase Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, pp. 81-91; y CIDH, OC-1/82, *cit.*, nota 52, §§ 40-42.

¹⁷⁴ Cfr. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1535, n. 6; y *supra*, notas 170 y 172.

¹⁷⁵ Arts. 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. Ayala Corao, *op. cit.*, nota 173, pp. 85-87.

¹⁷⁶ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 399.

¹⁷⁷ Cfr. *Sunday Times v. United Kingdom*, núm. 6538/74, fondo, 26 de abril de 1979, § 65.

de los mismos, asegurar el cumplimiento de derechos más amplios en el orden interno que en ese tratado y, en general, para “salvaguardar y *promover* los ideales y valores de una sociedad democrática”.¹⁷⁸

2. *Articulación de los órdenes internacional y doméstico*

El principio *pro homine* representa la clave para la cuestión relativa a la supremacía del ordenamiento internacional sobre el constitucional o viceversa, quizá no sólo en el ámbito de los derechos humanos sino también en general. Al menos para el primero, la cuestión ha sido incorrectamente enfocada; la normatividad iusfundamental constitucional y los derechos humanos no se encuentran contrapuestos, y así no sólo es inconveniente sino desacertado plantear su relación en términos de contraposición y supremacía de uno sobre otro, pues ambos responden a un objetivo común: la salvaguarda de la dignidad humana.¹⁷⁹ Aunque las normas internacionales sobre derechos humanos se afirmen en tratados u instrumentos de esa índole, es indiscutible que sustancialmente “muchas de [ellas] tienen todos los atributos de las *normas constitucionales* jurídicamente imponibles (*enforceable*)”.¹⁸⁰

Es obviamente el ordenamiento doméstico el que más problemas ha tenido para aceptar la prevalencia de las normas internacionales, principalmente por las inercias y reticencias que frente a la comunidad internacional se mantienen en algunos países; por su parte, debido al consenso entre diversas culturas y tradiciones jurídicas que refleja y aparte de que sólo a partir de determinadas perspectivas nacionales pudieron forjarse sus instituciones, el internacional es generalmente abierto a mecanismos de origen doméstico. Dada esta dicotomía, nos parece conveniente exponer la aplicación del principio *pro homine* a partir de los puntos de vista de ambos órdenes.

Desde luego que el orden internacional no debe presentar rechazo a la eventual primacía de los derechos fundamentales nacionales ante disposiciones de tratados de derechos humanos. Al recordar que el principio *pro homine* es de origen internacional, vemos que es precisamente el derecho de gentes el que alienta la progresividad de los derechos humanos *lato sensu* y, lejos de implicar la aplicación de la norma doméstica una contravención a él, obtiene cumplimiento puntual en virtud de las estipulaciones convencionales en que se arraiga el referido principio.

Tampoco nos parece que haya problema desde la perspectiva del ordenamiento constitucional nacional, aunque la cuestión es más difícil porque tiene que sobreponerse a una *concepción formal de la supremacía constitucional*. El punto de polémica en este rubro es la validez y aplicabilidad de una norma internacional o nacional ordinaria que otorga un derecho fundamental no explícitamente previsto por la Constitución o amplía el goce de alguno; sobre

¹⁷⁸ Cfr. *Wemhoff c. Allemagne*, núm. 2122/64, fondo, 27 de junio de 1968, cons. jurs., § 7; *Klass et autres c. Allemagne*, cit., nota 22, §§ 41-42; *Winterwerp v. Netherlands*, núm. 6301/73, fondo, 24 de octubre de 1979, § 37; *Niemietz c. Allemagne*, núm. 13710/88, fondo y satisfacción equitativa, 16 de diciembre de 1992, § 31; *A. c. France*, núm. 14838/89, fondo y satisfacción equitativa, 23 de noviembre de 1993, § 37; *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, núm. 28090/95, fondo y satisfacción equitativa, 28 de octubre de 1998, § 49; *Witold Litwa v. Poland*, núm. 26629/95, fondo y satisfacción equitativa, 4 de abril de 2000, § 59; *Okyay and others v. Turkey*, núm. 36220/97, fondo y satisfacción equitativa, 12 de julio de 2005, § 68; *Leempoel et Éditions Ciné Revue c. Belgique*, núm. 64772/01, admisibilidad, 2 de marzo de 2006, cons. jurs., § 2 (sobre la aplicación preferente del art. 25 de la Constitución belga, ex art. 53 del Convenio de Roma); y *Soering c. Royaume-Uni*, núm. 14038/88, fondo y satisfacción equitativa, 7 julio de 1989, § 87 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹⁷⁹ Véase *supra*, § III.1.

¹⁸⁰ Rosenfeld, *op. cit.*, nota 54, p. 667, n. 131 (cursivas añadidas).

todo en lo último, puede llegar a pensarse —como la Corte mexicana¹⁸¹— que al no corresponder aquellas disposiciones con lo establecido en la ley fundamental, son inconstitucionales y por ende inválidas; con ello se aplicaría un criterio literalista de interpretación del ordenamiento jurídico, que aparentemente sería “correcto” por dar preferencia a la norma de mayor jerarquía formal. En cambio, si consideramos que el sistema jurídico tiene por valor central a la dignidad humana y su protección —como debe ser en todo ordenamiento liberaldemocrático—, veremos que la elección en la aplicación jurídica de la norma internacional o secundaria que amplía el ámbito iusfundamental, no va en “perjuicio” de la constitucional sino en su fortalecimiento.

El objetivo de los derechos fundamentales es proteger algún aspecto de la dignidad de la persona y mantenerlo fuera de la disposición de los poderes públicos, creando un ámbito intocable para éstos que no puede afectar la discusión y decisión política ordinaria,¹⁸² de modo que no puede tenérseles sino con carácter *mínimo* y con algunas reservas nada impediría al Estado extenderlos, garantizarlos con una mayor amplitud. Sin duda es inaceptable algo inferior a ese piso constitucional, pero no podría oponerse algo —salvo la satisfacción de otra finalidad constitucionales— a que los derechos fundamentales se lleven más allá de lo previsto por el Constituyente. Las normas internacionales u ordinarias que amplían derechos constitucionalizados, en realidad satisfacen el parámetro de la ley fundamental y añaden un grado de protección a los bienes jurídicos que ésta tutela; así que

las interpretaciones reduccionistas van en contra del *sentido y finalidad del sistema de derechos esenciales* fijado por el constituyente, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos.¹⁸³

Vemos entonces que la aplicación del principio *pro homine* no resulta en dificultad teórica alguna en el ámbito internacional o en el constitucional doméstico, siempre que en éste último impere una concepción liberal del ordenamiento jurídico; defender una “supremacía constitucional” literal que sobreponga la menor protección a un derecho humano a la mayor que le otorgue una norma internacional o secundaria, sencillamente no satisface a la teleología y la naturaleza de los derechos fundamentales y se trataría en realidad de una contravención a éstos —o una de mayor grado que la inaplicación de una limitada interpretación de la disposición iusfundamental de que se trate—. Puede aún decirse en apoyo al abandono de una “supremacía constitucional formal” en el campo en que ahora nos encontramos, que en la actualidad la cabal concepción del “constitucionalismo” no se limita a la simple garantía interna de derechos fundamentales nacionales, sino se extiende a la observancia en el ordenamiento interno de los parámetros internacionales en materia de derechos humanos.¹⁸⁴

La conformidad con el principio que estudiamos es también un instrumento de solución al problema de la contradicción entre una disposición iusfundamental y la de un tratado internacional *ajeno a los derechos humanos*, como sería uno de libre comercio o cooperación económica. Suponiendo el posible conflicto entre un derecho fundamental y una convención de la índole señalada, la responsabilidad internacional en la que el Estado pudiera incurrir por la declaración de inconstitucionalidad de ésta, sería a primera vista un elemento que dificultaría pronunciar su invalidez en el ámbito interno; sin embargo, recordemos que las

¹⁸¹ *Infra*, cap. séptimo, nota 145.

¹⁸² *Supra*, cap. segundo, notas 109 y 115.

¹⁸³ Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 128, pp. 96-97 (cursivas añadidas).

¹⁸⁴ *Cfr.* Ferrajoli, *op. cit.*, nota 31, p. 65.

normas internacionales sobre derechos humanos —incluyendo desde luego al principio *pro homine*— son *jus cogens* inderogable por tratados de mera cooperación,¹⁸⁵ por lo que ocurriría una “asimilación” de la norma iusfundamental doméstica al ámbito internacional que haría nulo aun en él a dicho tratado.¹⁸⁶ La progresividad de los derechos humanos engrosaría el número de normas perentorias de derecho internacional, que se convertirían —como ya son algunos— en un peculiar *jus cogens superveniens* a que se refiere el artículo 64 de la Convención de Viena: normas mínimas que a futuro pueden reconocerse como imperativas en la comunidad internacional, sencillamente inderogables por ésta como el *pacta sunt servanda* y mucho menos por el derecho interno.¹⁸⁷

Tratándose de los derechos humanos, la norma aplicable será la que más beneficie a su goce; si ésta es la constitucional, la norma doméstica adquiere sin duda una carta de naturaleza internacional gracias a dicho principio y, si se tratare de la norma convencional, solamente se daría un mayor grado de protección al bien jurídico correspondiente que el establecido mínimamente por la ley fundamental. De ello se sigue que, si un tratado internacional determinado vulnera un derecho fundamental interno —francamente, sería difícil que se atentara contra alguna disposición “orgánica”—, iría contra una norma que tendría la calidad de *jus cogens* internacional gracias al referido principio, de modo que no podría sobreponerse a la constitucional y además sería inválido en el mismo orden del derecho de gentes.

La aplicación de la norma jurídica más favorable al ser humano no tiene sólo un trasfondo pragmático para la solución de (potenciales) antinomias entre los ordenamientos de derechos humanos; la observancia del principio *pro homine* corresponde además, y quizá con mayor intensidad, al cumplimiento de la obligación de los Estados de promover los derechos humanos que se han comprometido a salvaguardar y llevarlos a su máxima efectividad posible en el orden interno.¹⁸⁸ De ahí que aun no pueda haber contradicción (material) entre el derecho constitucional y el internacional, al menos en materia de derechos humanos, en virtud del principio *pro homine*.

Aunque sólo se relaciona tangencialmente con nuestro actual campo de estudio —los derechos humanos—, por la importancia que reviste trataremos someramente la constitucionalidad de tratados internacionales que no se refieren a dicho ámbito. El caso del *Concordato Imperial (Reichskonkordat)* que resolvió la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán el 26 de marzo de 1957,¹⁸⁹ revela muy bien las dificultades de la relación entre el derecho constitucional y las normas derivadas de tales instrumentos internacionales; esta decisión a nuestro parecer es un importante precedente en el tema por los problemas que plantea, aunque debe tomarse con algunas reservas.¹⁹⁰

¹⁸⁵ *Supra*, § I.2. Véanse los arts. 53 y 71 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹⁸⁶ Se manifestaría así una de las singularidades del proceso de “globalización” de los derechos humanos, en virtud de la cual las disposiciones de los tratados internacionales en esta materia tienen “la doble naturaleza de fuentes productoras de normas *internacionales y constitucionales*”. *Cfr.* Rolla, *op. cit.*, nota 145, p. 87 (cursivas añadidas). Véase *supra*, nota 163.

¹⁸⁷ Véanse Gómez Robledo, *op. cit.*, nota 31, pp. 115 y 119-141; Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1545; y CIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-10/89, 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, §§ 37-38.

¹⁸⁸ *Cfr.* Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1536; y Matscher, Franz, “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 24.

¹⁸⁹ BVerfGE 6, 309.

¹⁹⁰ No se refiere a un *traité-loi* sobre derechos humanos sino al celebrado entre el *Reich* y el Vaticano en 1933; en su tiempo el derecho internacional no había alcanzado su actual grado de evolución; el problema

Antes que nada es preciso decir que la jurisdicción germana expresó que en su decisión no investigaría los alcances generales del deber de los *Länder* a observar los tratados que en derecho internacional vinculan a la República Federal de Alemania (p. 353), de manera que tal cuestión (aparentemente) no se definió en esa ocasión; la demanda del gobierno federal consistió en que Baja Sajonia expidió una ley educativa contraria a las estipulaciones del referido concordato que, según el artículo 25 y otros de la Ley Fundamental, son parte del ordenamiento federal y vinculantes en virtud del principio de “afabilidad iusinternacional” que la misma establece (p. 319).

El Tribunal Constitucional sencillamente resolvió sobreseer (*abweisen*) el asunto y no responder si ese integrante federal violó la Constitución, porque aun de ser contraria la ley impugnada al concordato, “la Federación no sería vulnerada en sus derechos frente al *Land*” ya que la Ley Fundamental no le otorga facultades para cumplir dicho tratado o asegurar su cumplimiento (p. 366), sino que éstas corresponden exclusivamente a éste y a sus homólogos por acontecer así con las materias del concordato sobre las que versó este litigio (p. 345); así que sujetar a los últimos a la primera o cualquiera de sus homólogos, implicaría la violación de la distribución federal de competencias que hace la Constitución, la cual tiene carácter de “elemento esencial” (pp. 347, 352 y 354).¹⁹¹ En el curso de decidir lo anterior, ese órgano también señaló que no puede resolver sobre la validez de un tratado internacional con efectos para sus contratantes, sino sólo con carácter “intraestatal” para los postulantes de la controversia constitucional (pp. 326-327); aunque refiere que la República Federal de Alemania está vinculada por los tratados celebrados por el Imperio Alemán (p. 338) y el principio de lealtad federal impone especialmente a los *Länder* la observancia de los tratados celebrados por la Federación (pp. 361-362), y además que la afabilidad al derecho internacional impuesta por la Constitución, con un criterio sistemático, debe darse respetando las competencias que ella distribuye y dejarse a cargo de los integrantes de la Unión su cumplimiento en los ámbitos de decisión que les corresponden, sin ingerencia de las autoridades de aquélla (pp. 362-366).

Clave de esta relación podría ser el artículo 46.1 de la Convención de Viena que invalida el consentimiento otorgado a un tratado internacional, y en consecuencia la responsabilidad consecuente a su incumplimiento, si se otorgó contraviniendo una norma doméstica de “importancia fundamental” y ello es “manifiesto”. Los límites de la jurisdicción constitucional, muy bien considerados por la alemana en la sentencia que acabamos de comentar, impiden que su opinión pueda tener formalmente alguna repercusión a nivel internacional; además, las calidades de “fundamental” y “notoriedad” que condicionan la invalidez de un tratado internacional, además de sus dificultades que origina su indeterminación, requieren para su concretización de un análisis casuístico. Quizá sean los anteriores, los únicos criterios que con cierta generalidad puedan tenerse a la mano para solucionar un conflicto entre normas internacionales y constitucionales.

jurídico planteado surgió porque el nuevo régimen federal alemán obviamente imponía una diferente estructura a la unitaria que preveía la Constitución de Weimar; y *last but not least*, dicho concordato fue celebrado por Hitler en su carácter de Canciller alemán, a quien ninguna simpatía ha profesado la jurisprudencia de Karlsruhe.

¹⁹¹ Más tarde, el Tribunal Constitucional alemán señaló que el principio de lealtad federal (*Bundestreue*), además de imponer el cumplimiento de los *Länder* a los tratados celebrados por la Federación, también implica el respeto a las competencias de aquéllos; y dicho principio es de “importancia fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*)” —¿una expresión que vislumbra el artículo 46.1 de la Convención de Viena?—. BVerfGE 12, 205 (255).

V. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. La “regla de interpretación” de la Convención de Viena

Como acontece con todo orden normativo, la aplicación del derecho internacional y de los tratados que lo conforman, requiere la interpretación de su contenido para establecer el sentido que busca imponer a la conducta de los sujetos a quienes se dirige, por lo que éstos — principalmente los Estados— no sólo pueden sino les resulta necesario atribuirles algún significado; sin embargo, esta facultad interpretativa no debe ejercitarse *ad libitum* ya que se encuentra regulada por el mismo derecho internacional.¹⁹²

Es opinión firme en este ámbito jurídico que el objeto de interpretación de los tratados es “la intención de las partes *como se exprese en el texto* [del mismo]”.¹⁹³ O sea, en palabras de Reuter, “[I]a primacía del texto, especialmente en el derecho internacional es la norma cardinal de toda interpretación” y precisamente de aquél debe partir ésta, lo que dicho autor justifica por ser dicha expresión la “manifestación más inmediata” y definitiva de la intención de las partes, a diferencia de otras de carácter meramente complementario como los trabajos preparatorios a que luego aludiremos.¹⁹⁴ Tanto la Convención de Viena como la Corte Internacional de Justicia apoyan este “enfoque textual”.¹⁹⁵

Bajo el rubro “Regla general de interpretación”, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados refiere los criterios *literal*, *sistemático* y *teleológico* para la atribución de significado a los términos de un tratado, todos ligados bajo el principio de *buena fe*. Para el aspecto literal de la interpretación de tratados es importante resaltar que se rige por los principios del “significado ordinario” de las palabras y el de “contemporaneidad” relativo a que el lenguaje del tratado se emplee según las normas internacionales vigentes a su conclusión; el sistemático descansa sobre la interacción de las diversas partes del tratado (preámbulo, secciones, acuerdos paralelos, etc.) entre sí y con su “contexto”, concepto este último de variable amplitud porque incluiría también a otros tratados con los que el que fuera objeto de interpretación “tenga una correlación lógicamente necesaria”,¹⁹⁶ y el “principio de integración” que considera al tratado como un todo; y, finalmente, el criterio teleológico llevaría primeramente a una interpretación conducente a la eficacia del tratado, de acuerdo con las finalidades que se reconozcan en él.¹⁹⁷

De acuerdo con el artículo 31.3 de la misma convención, entre los materiales que habrán de tenerse en cuenta para interpretar los tratados internacionales, figuran además de los ya mencionados, los siguientes: los acuerdos y las prácticas ulteriores de las partes que permitan establecer cuál es su entendimiento del tratado y las normas jurídicas internacionales que fueren relevantes.¹⁹⁸

Ninguno de los anteriores criterios y materiales prevalece *prima facie* sobre los demás, lo cual sugiere el rubro del artículo 31 de la Convención de Viena al no hablar de diversas

¹⁹² Reuter, *op. cit.*, nota 37, p. 126; y Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 631-632.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 632 (cursivas en el original).

¹⁹⁴ *Op. cit.*, nota 37, pp. 127-128; y Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Interpretación de los tratados en derecho internacional”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 142.

¹⁹⁵ Brownlie, *loc. cit.*, nota 193.

¹⁹⁶ Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 194, p. 143. Véase el art. 31.2 de la Convención de Viena.

¹⁹⁷ Véase Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 634-638.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 635.

“reglas” de interpretación para los tratados, sino de *una sola*: el uso conjunto de todos los elementos relacionados en él.¹⁹⁹

Finalmente, el artículo 32 de la Convención de Viena admite ciertos medios de interpretación “complementarios”, cuyo uso es subsidiario para el caso de que existan dudas sobre el sentido de los términos del texto del tratado, cuando se esté en la necesidad de hacer la interpretación *stricto sensu* de los mismos.²⁰⁰ Entre ellos son especialmente importantes los *travaux préparatoires* del instrumento internacional, porque a su través pueden dilucidarse las intenciones manifestadas en el texto interpretado; sin embargo, deben usarse con reservas porque las intenciones manifestadas en ellos no son definitivas y además pueden resultar confusas y poco concluyentes, por lo que la jurisdicción internacional los ha usado sólo cuando le es indispensable. Además de dichos trabajos, forman parte de estos medios complementarios, las circunstancias en las que fue celebrado el tratado, como elementos a considerar en su interpretación.²⁰¹

Uno de los problemas de la interpretación de tratados internacionales se da cuando recae sobre aquellos cuyos textos en dos o más idiomas son igualmente auténticos.²⁰² Las dificultades de producir una perfecta equivalencia al trasladar las expresiones de una lengua a otra, ocasionan que una de estas versiones tenga diferentes alcances que la otra y existan variables ámbitos de incertidumbre sobre el sentido de sus estipulaciones. Al respecto el artículo 33 de la Convención de Viena establece, entre otras reglas, que tienen el mismo significado los términos de los textos auténticos de un tratado en diferentes idiomas y que deberá atenderse la teleología del tratado para esclarecer la discrepancia entre sus diferentes versiones; estas reglas han sido adoptadas particularmente por las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Nicaragua*²⁰³ y *LaGrand*,²⁰⁴ así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Wemhoff*²⁰⁵ y *Brogan*.²⁰⁶

Por último, es preciso hablar de las “declaraciones interpretativas” con que pueden ratificar los Estados un tratado internacional, que se refieren a “su entendimiento de una cuestión que figura en una disposición particular de un tratado o de su interpretación de ella”.²⁰⁷ Aunque se les intenta distinguir de las reservas porque “no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado”, en realidad sí funcionan como tales y no se les puede entender de otro modo al ser una manifestación del Estado de los términos en que pretende obligarse en un instrumento internacional.²⁰⁸ Por lo tanto, resulta aplicable a dichas declaraciones las

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 633; véase Reuter, *op. cit.*, nota 37, p. 188, n. a la § 144. “...tal como prevé la ‘regla general’ de interpretación enunciada en el artículo 31 de la Convención de Viena, el proceso de establecer el verdadero sentido de los términos de un tratado forma un todo, una sola operación compleja...”, TEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, *cit.*, nota 13, § 30; del mismo tribunal véanse también *Witold Litwa v. Poland*, *cit.*, nota 178, § 58-59; y Matscher, *op. cit.*, nota 188, p. 40.

²⁰⁰ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, p. 22.

²⁰¹ Véase Reuter, *op. cit.*, nota 37, pp. 128-129; y Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 635-636.

²⁰² Véase *supra*, nota 36. Los textos auténticos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se redactaron en chino, español, francés, inglés y ruso (art. 53); los del Convenio Europeo de Derechos Humanos en inglés y francés (párrafo final).

²⁰³ *Nicaragua v. United States of America*, competencia y admisibilidad, 26 de noviembre de 1984, §§ 17 y 30-31. En este caso la Corte recurrió a los *travaux préparatoires* de su Estatuto, ante la incertidumbre de la diferencia semántica entre sus textos francés e inglés.

²⁰⁴ *Germany v. United States of America*, fondo, 27 de junio de 2001, §§ 101-109.

²⁰⁵ *Wemhoff c. Allemagne*, *cit.*, nota 178, cons. jurs., §§ 7-8.

²⁰⁶ *Brogan and others v. United Kingdom*, núms. 11209/84 *et al.*, fondo, 29 de noviembre de 1988, §§ 58-59.

²⁰⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Manual de tratados*, Nueva York, 2001, p. 15.

²⁰⁸ *Cfr.* Reuter, *op. cit.*, nota 37, pp. 105-106 y 112-113.

normas relativas a las reservas de tratados en general y particularmente lo establecido por el artículo 19, inciso c), de la Convención de Viena, que las permite en tanto no sean incompatibles con el objeto y el propósito de los tratados de que se trate, en nuestro caso: la máxima protección de la dignidad humana y los derechos que ella corresponden.²⁰⁹

2. *El objeto de los tratados sobre derechos humanos y su interpretación*

A la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos es aplicable la “regla general” de la Convención de Viena.²¹⁰ Dado el protagonismo que ésta da a los aspectos teleológicos de los tratados internacionales y considerando que aquellas convenciones internacionales son de especial importancia por su objeto y la naturaleza de las obligaciones que engendran,²¹¹ en materia de derechos humanos la intención tutelar de las estipulaciones de los tratados relativos es sumamente determinante.²¹²

Sin duda el aspecto literal de los tratados de derechos humanos no deja de ser protagónico como punto de partida y objeto primario de la actividad interpretativa, debiéndose considerar el significado ordinario de los términos que emplea,²¹³ pero a su respecto es quizá más influyente la finalidad protectora de la dignidad humana, que tienen como razón y objeto — también señalado por el artículo 31.1 de la Convención de Viena como elemento para la interpretación—, como muestra la aplicación del principio *pro homine* en su interpretación y los resultados amplios o restrictivos a que conduce, según lo requiera dicha protección.²¹⁴

Aunque lo anterior es sostenido firmemente, la interpretación de tratados sobre derechos humanos no ha exentado la misma polémica que en materia constitucional se da en torno a las escuelas del originalismo y del constitucionalismo viviente,²¹⁵ atendiendo a inveterados postulados del derecho internacional.

En el epígrafe anterior señalamos que, a la interpretación de los tratados internacionales en general, es aplicable el llamado “principio de contemporaneidad” que dispone atribuir a sus términos el significado que tenían al momento de concluirse, o sea la de carácter histórico.²¹⁶ Esta “idea tradicional del derecho internacional clásico”, pretende evitar a los Estados obligaciones que no consintieron claramente, basándose en que las restricciones al ámbito interno estatal deben ser de aplicación estricta.²¹⁷

²⁰⁹ Cfr. CIDH, OC-2/82, *cit.*, nota 54, § 35; y *supra*, notas 47 y 48

²¹⁰ TEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, *cit.*, nota 13, § 29; CIDH, OC-2/82, *cit.*, nota 54, § 33; y CIDH, OC-3/83, *cit.*, nota 71, §§ 48-50.

²¹¹ *Supra*, notas 54 y 159.

²¹² Véanse Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 194, p. 144; y CIDH, *Ivcher Bronstein*, *cit.*, nota 159, §§ 40-41 y 48.

²¹³ Cfr. TEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, núms. 2832/66, 2835/66 y 2899/66, fondo, 18 de junio de 1971, § 68. El Tribunal Europeo da una interpretación “autónoma”, es decir libre, a los términos corrientes y técnicos del Convenio de Roma, aunque la cuestión es más problemática tratándose de tecnicismos jurídicos, sin que deje de tenerse por adecuada para tratados de su naturaleza; en el caso europeo, según Sudre, “se analiza como un método de formación de un derecho común que paliaría la imprecisión de términos convencionales y la ausencia de homogeneidad de los derechos nacionales, permitiendo una definición uniforme de los compromisos estatales”; véanse Matscher, *op. cit.*, nota 188, pp. 25-30; y Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 36-42.

²¹⁴ *Supra*, notas 172 y 178.

²¹⁵ Véase *infra*, cap. segundo, § V.

²¹⁶ Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 634.

²¹⁷ Cfr. Rigaux, François, “Interprétation consensuelle et interprétation évolutive”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 42. Véase *supra*, nota 141.

En virtud de dicho principio, en el derecho internacional general impera una interpretación “consensual” *stricto sensu* que impone indagar sobre la intención original de las partes contratantes al momento en que celebraron un tratado o se adhieron a él.²¹⁸ A esta interpretación consensual ha opuesto la jurisdicción internacional de los derechos humanos una “evolutiva”, progresista, para hacer “prácticos y efectivos” los derechos que los tratados en la materia establecen.²¹⁹

Este alejamiento del principio de contemporaneidad se funda en la naturaleza especial — reiteradamente enfatizada— de los tratados sobre derechos humanos: éstos son “tratados ley (*traité-loi*)” y no “tratados contrato (*traité-contrat*)”, que tienen por finalidad crear e imponer a sus partes obligaciones objetivas y no subjetivas, por lo que su interpretación y aplicación se desliga del principio de restricción de las obligaciones estatales, imperante en el derecho internacional general.²²⁰ Los tratados sobre derechos humanos, por su necesidad de ajustarse —aunque con circunspección— a las “exigencias cambiantes de la sociedad”,²²¹ son “instrumentos vivos” que deben interpretarse conforme a las condiciones actuales y no con las históricas, según afirmaron el Tribunal Europeo en los casos *Tyrer*²²² y *Marckx*,²²³ y la Corte Interamericana en el *Caso de los Niños de la Calle*,²²⁴ porque

La voluntad de los Estados ha sido [...] instituir un ordenamiento dotado de *vida propia*, al cual han delegado *extensos poderes*, sobre todo luego de que declararon reconocer la competencia de la Comisión [...] o la del Tribunal...²²⁵

²¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

²¹⁹ *Cfr.* TEDH, *Airey v. Ireland*, núm. 6289/73, fondo, 9 de octubre de 1979, § 24; TEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, *loc. cit.*, nota 178; TEDH, *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*, *cit.*, nota 151, cons. jurs., § B.5; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 31-32. Sobre los efectos prácticos de los actos estatales como criterio general, véase TEDH, *Markovic et autres c. Italie*, núm. 1398/03, excepciones preliminares y fondo, 14 de diciembre de 2006, §§ 35 y 108;

²²⁰ Matscher, *op. cit.*, nota 188, p. 20.

²²¹ *Ibidem*, pp. 24-25.

²²² *Tyrer v. United Kingdom*, núm. 5856/72, fondo, 25 de abril de 1978, § 31. El presente caso es de interés en cuanto a los cambios diacrónicos de percepción sobre los “tratos inhumanos y degradantes”. Anthony M. Tyrer y otros adolescentes golpearon al compañero que delató su introducción de cerveza a la escuela (§ 9). El derecho inglés sancionaba ese ataque con azotes propinados con una vara y se hizo a Tyrer “bajarse los pantalones y los calzoncillos e inclinarse sobre una mesa [frente a diversas personas incluyendo a su padre y un médico]; fue sostenido por dos policías en tanto un tercero administró el castigo” (§ 10); el Tribunal resolvió que esa medida violó el artículo 3o. del Convenio de Roma (resolutivo núm. 4). El juez Gerald Fitzmaurice, único disidente al respecto, en su opinión separada expresó: “Debo admitir que mi visión particular puede estar coloreada por el hecho de que crecí y fui educado bajo un sistema según el cual se tenía el castigo corporal a los colegiales [...] como una sanción normal para malas conductas graves (*serious misbehaviour*) e incluso algunas veces para las que eran mucho menos serias. [...] frecuentemente el mismo muchacho lo consideraba preferible a otras probables alternativas de castigo [...] como aprender de memoria varias páginas de Shakespeare o Virgilio [...]. Además, estos golpes se llevaban a cabo sin las salvaguardas que tuvo el señor Tyrer [...]. También frecuentemente tenían lugar en condiciones de mucha mayor humillación intrínseca que en su caso. Hasta ahora no puedo recordar que algún muchacho se sintiera degradado o deshonrado. Tal idea hubiera sido más bien ridícula. [...] Si un muchacho le daba importancia y decidía no repetir la ofensa [...], era simplemente porque [el castigo] dolió, no porque se sintió degradado por él o así lo vieran sus camaradas...” (§ 12).

²²³ *Marckx c. Belgique*, núm. 6833/74, fondo y satisfacción equitativa, 13 de junio de 1979, §§ 58-59 (sobre derechos sucesorios de hijos naturales y la distinción de éstos frente a los nacidos de matrimonio).

²²⁴ *Villagrán Morales y otros*, fondo, 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, § 193. Véase también OC-10/89, *cit.*, nota 16, §§ 37-38.

²²⁵ Rigaux, *op. cit.*, nota 217, p. 43 (cursivas añadidas).

En vista de lo anterior, la llamada interpretación “evolutiva” de los tratados sobre derechos humanos en realidad no es más que una manifestación de la misma interpretación “consensual”, tradicional en el derecho internacional público.²²⁶ Por servir al objeto de dichos tratados, al cual consintieron sus Estados parte al suscribirlos: la protección y promoción de los derechos humanos, debe concluirse que se satisface precisamente la intención de la voluntad de las partes al concluirlos, atendiendo a esta teleología y otorgando a sus estipulaciones un sentido progresista, tal como prescribe el artículo 31.1 de la Convención de Viena.

En la interpretación de esta clase de tratados no estamos ante una labor hermenéutica esencialmente diferente, sino sólo ante una que requiere ciertas atenciones a la naturaleza y finalidades de su objeto; diríamos que “los principios [interpretativos] podrían aplicarse de manera diferente de acuerdo con las características de los tratados en cuestión, pero necesariamente seguirán siendo los mismos”.²²⁷

3. *La jurisprudencia internacional de derechos humanos*

La aceptación de la “cláusula compromisoria jurisdiccional” que lleva al sometimiento inmediato o facultativo de los Estados a tribunales *ad hoc* de derechos humanos, implica su aquiescencia para *delegar atribuciones a dichos órganos jurisdiccionales* de las facultades necesarias para interpretar, de forma *auténtica* y vinculante para ellos, las disposiciones de tales instrumentos;²²⁸ lo cual, según el *artículo 31.3 de la Convención de Viena*, hace de las decisiones de esos órganos un elemento a considerar dentro de la “regla general de interpretación” del tratado en cuestión.

El análisis de los incisos de dicha disposición, nos lleva a concluir la vinculación estatal a la jurisprudencia internacional de los derechos humanos:

- a) *Acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.* Sin mayor dificultad podemos reconocer en la cláusula compromisoria jurisdiccional a uno de los acuerdos especiales de que habla el inciso de la Convención de Viena que comentamos: los Estados han estipulado que un tribunal *ad hoc* interprete los alcances del tratado regional de derechos humanos de que forman parte, para el caso de conflicto o duda acerca de su sentido y alcances, sometiéndose a su decisión interpretativa.²²⁹
- b) *Práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación.* Al derivar la existencia misma de la jurisdicción internacional de derechos humanos de la unión de voluntades de los Estados contratantes, la *práctica* de estos órganos internacionales tiene origen precisamente en un “acuerdo” que ha establecido cuál será “el entendimiento de *todas las partes* respecto a [la] interpretación [del tratado]”;²³⁰ dicha práctica,

²²⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 41 y 45.

²²⁷ Reuter, *op. cit.*, nota 37, p. 130.

²²⁸ Cfr. *supra*, nota 225.

²²⁹ “Si las partes de un tratado convienen en una interpretación *común*, ya sea mediante un tratado formal o de otro modo, esta interpretación adquiere un carácter *auténtico* y prevalece sobre cualquier otra”, Reuter, *loc. cit.*, nota 192 (cursivas añadidas).

²³⁰ Este punto de vista, aunque en otro contexto, lo apoya Joseph Raz al decir que “Podemos tener a la interpretación constitucional como una práctica establecida”; “On the authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, p. 176. Normalmente la “práctica” para efectos del artículo 31.3, inciso b), de la Convención de Viena, se refiere a ciertas actitudes y conductas de los Estados frente al derecho internacional, pero ello no excluye la referencia a decisiones de tribunales internacionales como

materializada en el capital jurisprudencial del tribunal internacional especializado, constituye una “interpretación razonada” de la convención relativa.²³¹

- c) *Normas pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes.* El artículo 38.1, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia admite a las decisiones judiciales entre las fuentes iusinternacionales —con algunas modalidades más bien ilusorias, como veremos— al ser “prueba evidente del estado del derecho”; son entonces “normas jurídicas internacionales” —por lo menos de carácter “auxiliar”—,²³² desde luego relevantes en cuestiones de derechos humanos para la interpretación de los tratados relativos, sobre todo cuando provienen del órgano especializado en ellos. En materia internacional las decisiones jurisdiccionales tienen mayor relevancia, ya que ante la falta de un órgano legislativo similar a los nacionales, los tribunales frecuente y necesariamente son creativos y determinantes para el desarrollo de esta materia, en especial los *ad hoc* —como los de derechos humanos— quienes producen “valiosos pronunciamientos sobre temas problemáticos (*issues*) delicados”.²³³

Conjuntando lo anterior: Si consideramos que los Estados parte han *acordado* que la interpretación definitiva del tratado de que formen parte se realice por un tribunal especializado; y también que si éste conforma una *práctica* interpretativa —material y procedimental— derivada de dicho acuerdo, que actual o potencialmente vincularía a todos ellos al participar en el proceso internacional, dada la congruencia que en virtud del principio de igualdad —una norma de *jus cogens*— se debe dar a la línea jurisprudencial;²³⁴ tendríamos más razones para seguir la jurisprudencia internacional que para soslayarla, como indicador del sentido de los tratados sobre derechos humanos a los que deberá apegarse la conducta del Estado.

El sometimiento de los Estados a la jurisdicción internacional de derechos humanos, lleva consigo su reconocimiento a que sus tribunales establezcan la interpretación auténtica de las disposiciones de los tratados en la materia y como tal deben considerarse sus resoluciones para todos los efectos, no sólo con efectos *inter partes* sino con cierta trascendencia como guía imperativa *erga omnes* de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Así lo pone de manifiesto la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional como parte de la regla de interpretación de la Convención de Viena, que acabamos de analizar y, además, que su misma naturaleza le impone “clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención [de que se trate] y a contribuir de tal suerte al respeto, por los Estados, de los compromisos que asumieron en su calidad de partes contratantes”.²³⁵

elemento de interpretación del derecho de gentes, sino que ésta puede también formar parte de una práctica estatal. *Cfr.* Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 54-55 y 635 (cursivas añadidas al texto transcrito).

²³¹ *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la CIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 433-434 y 446.

²³² “[N]o sólo las decisiones de la Corte de La Haya constituyen un modo de crear reglas particulares de derecho internacional, sino que lo mismo ocurre con las decisiones de cualquier tribunal internacional”, Sorensen, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, trad. de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, FCE, 1994, p. 178, citado en García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 59, n. 8. *Cfr.* Becerra Ramírez, *op. cit.*, nota 231, pp. 432-433.

²³³ Véanse *ibidem*, 19-20 y 23; y Gómez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, nota 20, p. 444.

²³⁴ *Cfr.* López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, p. 118; y CIDH, OC-18/03, *loc. cit.*, nota 41.

²³⁵ TEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, *cit.*, nota 54, § 154.

Este deber de los Estados de alinearse con la jurisprudencia internacional, proviene de la “autoridad de cosa interpretada” que tienen las resoluciones de los tribunales de derechos humanos que la establecen.²³⁶ Esta “cosa interpretada”, especialmente si se ha sostenido con firmeza, implica la decisión del tribunal de derechos humanos sobre la ilicitud de una conducta estatal, que *ipso jure* vuelve también ilícitas las de otros Estados similares a ésta, aunque dicha calidad no haya sido precisa y formalmente declarada, dado que probablemente lo sería si su juicio llegara a sede internacional.²³⁷

La línea argumentativa para sostener lo anterior es esquemáticamente muy sencilla. Que los tribunales internacionales de derechos humanos tengan a su cargo la interpretación auténtica de los tratados que los instituyen, resulta al cabo en la armonización del derecho interno de los Estados que forman la comunidad internacional que integran sus Estados parte, contribuyendo a su integración a través de la formación de un consenso racional sobre sus visiones acerca de la dignidad humana y de “estándares mínimos” que deben considerar para salvaguardarla.²³⁸ Del compromiso de los Estados a cumplir las obligaciones establecidas para ellos en un tratado sobre derechos humanos, y la creación de un tribunal al efecto que señala en sus decisiones cuál es el *auténtico* sentido de las disposiciones de dicho instrumento, y su respectivo sometimiento su jurisdicción; resulta que los Estados también se comprometen a seguir los lineamientos de ese órgano jurisdiccional como el sentido “correcto” del tratado al que se adhirieron, para lograr la plena efectividad de las normas auténticamente declaradas por el tribunal internacional especializado.²³⁹

Finalmente y aunque no tengan la misma fuerza de *res interpretata* —lo que no significa que carezcan de ella—, las consideraciones que la jurisdicción internacional formulen al ejercer su actividad consultiva, deben tomarse en cuenta para interpretar y aplicar dichos instrumentos, por integrar parte del acuerdo común de los Estados parte a efectos de la regla de interpretación de la Convención de Viena, sobre la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos, en los términos que señalamos y por la autoridad interpretativa —menor si se quiere, pero autoridad al fin y al cabo— de que gozan dichas opiniones.²⁴⁰

VI. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU CONFORMIDAD AL ORDEN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *La apertura del ordenamiento doméstico al internacional*

De acuerdo con la preferencia al derecho internacional sobre el doméstico, establecido por el artículo 27 de la Convención de Viena,²⁴¹ existe el deber de los Estados de conformar su orden jurídico interno del modo necesario para cumplir sus deberes frente a otros o en relación con la comunidad internacional como tal, que se refuerza con la incorporación del derecho de

²³⁶ Véanse Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 587-589; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 123-124.

²³⁷ Cfr. TEDH, *Valenzuela Contreras v. Spain*, núm. 27671/95, 30 de julio de 1998, fondo y satisfacción equitativa, § 60; y TEDH, *Kruslin c. France*, núm. 11801/85, fondo y satisfacción equitativa, 24 de abril de 1990, § 29.

²³⁸ Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 37 y 587. Cfr. García-Huidobro, *op. cit.*, nota 155, p. 116.

²³⁹ Cfr. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 134, p. 510; Schaffarzik, Bert, “Europäische Menschenrechte unter der Ägide des Bundesverfassungsgerichts”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer/Düsseldorf, W. Kohlhammer, núm. 20, octubre de 2005, pp. 863-864; CIDH, *Tribunal constitucional*, *cit.*, nota 136, § 36; CIDH, *Ivcher Bronstein*, *cit.*, nota 159, §§ 34 y 41; y *supra*, nota 168.

²⁴⁰ *Supra*, nota 79.

²⁴¹ *Supra*, nota 134.

gentes al interno a través del procedimiento constitucional para ello, que hace presumir la intención de los Estados de cumplir sus obligaciones internacionales.²⁴² Esta obligación de adecuación, originalmente consuetudinaria, fue abrazada por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional al desechar la argucia de que, si un tratado refiere la modificación del ordenamiento nacional de uno de los contratantes y ésta no se ha efectuado, no se incumpliría —cuya impropiedad es evidente al dejar al arbitrio de uno de los signantes la satisfacción de sus obligaciones, contra el básico *pacta sunt servanda*—; el extinto tribunal internacional se pronunció así:

Pero esta cláusula no hace más que poner en relieve un principio evidente (*allant de soi*), según el cual un Estado que válidamente contrató obligaciones internacionales, está sujeto a introducir a su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos tomados.²⁴³

Cabe hacer algún comentario a la resolución anterior; no debe perderse de vista que este deber de llevar a cabo ajustes al derecho interno, siquiera en materia de derechos humanos, *no se limita a la legislación sino se extiende a la totalidad del ordenamiento jurídico*; lo anterior tanto considerando un desarrollo ulterior²⁴⁴ del indicado principio de adecuación, avalado por la supresión de la identificación entre “derecho” y “ley”, como pensando los tratados internacionales de derecho humanos con plena e inmediata aplicabilidad como indica una recta interpretación de las cláusulas que en alguna forma expresan dicho principio —que paradójicamente no sólo la delegación turca en el referido caso de la Corte Permanente, sino también Estados nacionales respecto de los de derechos humanos han usado para sustraerse de sus obligaciones—. ²⁴⁵

Para honrar sus compromisos internacionales, los Estados contratantes deben tomar entonces las medidas “oportunas y necesarias” —en la feliz expresión de los artículos 2.2 del Pacto de Nueva York y 2o. del Pacto de San José—, de la índole que fueren (legislativas, administrativas o judiciales). “Medidas” de este género y diferentes a las meramente legislativas implican la obligación de los Estados de instaurar ciertas “*prácticas*” o eliminar otras, según las “obligaciones positivas” que deriven de las estipulaciones de los tratados de que se trate —como se les llama en el contexto europeo, destacando la general de garantizar “una protección adecuada de la integridad física de las personas”²⁴⁶—, según resulten convenientes a la efectividad práctica de las cláusulas de dichos instrumentos.²⁴⁷

²⁴² Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 35 y 47.

²⁴³ *Échange des populations grecques et turques*, opinión consultiva del 21 de febrero de 1925, serie B, núm. 10, p. 20.

²⁴⁴ Inspirándose explícitamente en la anterior opinión de la Corte Permanente, la Interamericana ha dicho —claro que con base en las expresas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que la adecuación normativa de un Estado al derecho internacional debe ser total y no sólo legislativa, aludiendo a su “derecho interno” sin restricciones (*Garrido y Baigorria*, reparaciones, 27 de agosto de 1998, serie C, núm. 39, § 68). Del mismo tribunal véase también OC-14/94, *cit.*, nota 77, §§ 33, 36 y 50.

²⁴⁵ *Supra*, nota 159.

²⁴⁶ Véase TEDH, *Tzekov c. Bulgarie*, núm. 45500/99, fondo y satisfacción equitativa, 23 de febrero de 2006, §§ 52-53.

²⁴⁷ CIDH, *Castillo Petruzzi y otros*, fondo, 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, § 207; y CIDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, OC-13/93, 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13. §§ 26-27. “...el cumplimiento de un deber derivado de la Convención en ocasiones requiere alguna acción positiva de parte del Estado; en tales circunstancias, éste no podría simplemente permanecer pasivo y ‘no hay (...) lugar para distinguir entre actos y omisiones’...”, TEDH, *Airey v. Ireland*, *cit.*, nota 219, § 25; véase Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 19-25.

Entre dichas prácticas ocupa un lugar muy destacado la *interpretación del derecho nacional conforme al internacional* que, en materia de derechos humanos se concreta en la adecuación del entendimiento de aquél —incluyendo el constitucional²⁴⁸— a los tratados de la materia y, quizá el aspecto más puntilloso del tema, también a la jurisprudencia internacional. Para los Estados, de acuerdo a la *buena fe* que como principio debe imperar en las relaciones internacionales, alegar su derecho interno no es bastante excusa para incumplir sus obligaciones internacionales y menos lo es aducirlo con una visión tendiente a ello,²⁴⁹ más bien, tienen la obligación contraria: tener una perspectiva ante su normatividad interna, que les permita satisfacer sus deberes de derecho internacional, ya doctrinalmente denominada “principio de interpretación conforme al derecho internacional (*Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung*)”, cuyo origen se remonta al mismísimo *chief justice* Marshall²⁵⁰ y análogo al que existe respecto de la Constitución como derivado de la jerarquía normativa de ésta.²⁵¹

La “interpretación conforme al derecho internacional” se incluye en diversas disposiciones constitucionales cuyo paradigma, por su claridad, contundencia y divulgación, es el *artículo 10.2 de la Constitución española*,²⁵² y se trata de un parámetro que “bien admite reputarse implícito en toda Constitución democrática que no lo enuncia explícitamente”.²⁵³ Dicho “principio” enuncia básicamente que el derecho interno debe interpretarse y aplicarse de acuerdo a los tratados internacionales celebrados en materia de derechos humanos; tiene, por lo tanto, las siguientes implicaciones: 1) en la interpretación de dichos tratados las autoridades nacionales deberán seguir la “regla general” de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena y 2) por formar parte de dicha regla, se aplicará la *jurisprudencia* de los tribunales

²⁴⁸ Véanse BVerfGE 6, 290 (295); y STC 254/1993 F.J. 6.

²⁴⁹ Tercer párrafo del preámbulo y arts. 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y CPJI, *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig territory*, *cit.*, nota 141, p. 24 (aunque la versión francesa es la auténtica, para esta referencia usamos la inglesa por la sutil precisión de sus términos).

²⁵⁰ “[U]na ley del Congreso nunca debe interpretarse para violar el derecho de las naciones (*law of nations*), si es posible alguna otra interpretación”, *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804), citado en *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 372 U.S. 10, 21 (1963); véanse *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 (1895); y Sepúlveda, *op. cit.*, nota 137, p. 70. La tendencia internacionalista de la jurisprudencia norteamericana alcanzó otro punto culminante en la opinión del *justice* Gray, que reiteró sus expresiones en el referido caso *Hilton*, de que “El derecho internacional es parte de nuestra ley (*law*) y tiene que ser indagado y administrado por los tribunales de justicia con apropiada jurisdicción, cada vez que (*as often as*) para su resolución se les presenten debidamente cuestiones jurídicas dependientes de él” (*The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 [1900]).

²⁵¹ Schaffarzik, *op. cit.*, nota 239, pp. 861-862; Häberle, *loc. cit.*, nota 164; Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymann, 2001, p. 66; y Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 63. Véanse Troper, *op. cit.*, nota 142, §§ 37 y 40; y *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490, 500 (1979).

²⁵² “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce[,] se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias[,] ratificados por España”; véase también el artículo 96.1 de la misma Constitución. Más o menos similares disposiciones encontramos en las Constituciones de Portugal (art. 7.1), Alemania (art. 29), Argentina (art. 75, párr. 22), Brasil (art. 4o., frac. II), Chile (art. 5o., inc. 2), Colombia (art. 93), Ecuador (arts. 17 y 18), Guatemala (arts. 46 y 149), Nicaragua (art. 46) y Venezuela (art. 19); Häberle, *loc. cit.*, nota 161, y Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 128, pp. 346-350.

²⁵³ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1549.

internacionales de la materia, como interpretación auténtica de dichos tratados.²⁵⁴ Este último aspecto merece un tratamiento más detenido, en virtud de las reticencias que se oponen a él,²⁵⁵ además de lo apuntado en la sección dedicada previamente a la jurisdicción internacional.

Si para los individuos puede ser reprochable una actitud soberbia y cerrada, por la que se piense que en el fuero interno de uno mismo se halla la única y absoluta verdad, sin duda lo es —y mucho más por sus consecuencias— que la adopte un Estado supuestamente “plural” y “democrático”, no sólo rechazando francamente y de plano el consenso internacional sino también soslayándolo.²⁵⁶ Por una simple razón de congruencia, dado que también constituyen normas de derecho internacional —“auxiliares” si se quiere, pero normas al fin y al cabo— y para evitar un actitud “esquizofrénica”,²⁵⁷ la apertura y la recepción del elemento internacional en el derecho estatal lleva a admitir aquél *con todas sus características*: para comenzar, su primacía frente al orden interno y la “plena sumisión” a los órganos de control a que el Estado se haya afiliado, entre los que resaltan los jurisdiccionales.²⁵⁸

Por otro lado, desde una visión sociológica, la complejidad del mundo actual y la importancia de los derechos humanos, obliga a analizar esta materia desde una “perspectiva de totalidad”, según la idea de Pérez-Luño, que sin duda incluye la visión internacional sobre el tema como parte del contexto histórico en el que opera la norma interpretada.²⁵⁹

Aparte de las razones anteriores, existe otro motivo que produce la influencia de la jurisprudencia internacional en las decisiones de la jurisdicción constitucional e interna en general, de carácter más pragmático: el “buen juicio (*bon sens*)” de evitar una condena ante tribunales internacionales por faltas al derecho de gentes, que son delineadas precisamente por dichos órganos.²⁶⁰ Por sencillo que parezca este aspecto, no puede negarse que merece un grado de consideración por las autoridades nacionales.

El solo hecho de que los derechos humanos se regulen a través de instrumentos internacionales y que éstos además dispongan sistemas para su protección, es más que suficiente para afirmar que ese ámbito jurídico, *ya no se encuentra bajo la exclusiva potestad del Estado*, específicamente de sus autoridades judiciales, cuya actividad en ese aspecto puede y debe ser examinada ante los ojos de la comunidad internacional.²⁶¹ Teniendo en cuenta que el ámbito doméstico es precisamente aquel en el cual el propio Estado se obligó frente a la

²⁵⁴ Hesse, *op. cit.*, nota 156, p. 126; Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 47; Corcuera Cabezut, *op. cit.*, nota 4, pp. 187-188; y Gómez Pérez, *loc. cit.*, nota 134.

²⁵⁵ Véase Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 128, p. 368.

²⁵⁶ *Cfr. supra*, notas 157 y 238.

²⁵⁷ *Supra*, nota 232. *Cfr. supra*, nota 161.

²⁵⁸ *Cfr.* Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1544; Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 14 y 589; Roussillon, Henry, *Le Conseil Constitutionnel*, 4a. ed., París, Dalloz, 2001, p. 105; y *supra*, nota 239.

²⁵⁹ *Cfr.* Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 331-332; Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 102; y García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 68.

²⁶⁰ Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, p. 123; Grewe, Constance, “Le juge constitutionnel et l’interprétation européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 206; Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 588. *Cfr. supra*, nota 237.

²⁶¹ *Supra*, nota 141. *Cfr.* Brownlie, *op. cit.*, nota 6, p. 299; y Benda, Ernst, y Eckart Klein, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 30; y TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 48.

comunidad internacional a tutelar y promover los derechos humanos, siempre a favor de sus individuos beneficiarios, no existen razones para que el derecho internacional que los rige, carezca de plenos efectos vinculantes ante todas las autoridades nacionales.²⁶²

2. *El diálogo de las jurisdicciones internacional y constitucional*

Dada la íntima relación entre derechos humanos y derecho constitucional —sustantivo y procesal—, o mejor dicho su identidad de objeto en cuanto a los derechos fundamentales, además de su homóloga operación, la jurisdicción constitucional es el primero de los ámbitos del poder público estatal —mas no el único, pues ello le compete a todos los jueces— llamado a interpretar el derecho nacional conforme al orden internacional de los derechos humanos. Así se abre —e impone, pero más por la naturaleza de las cosas— una vía de comunicación entre los jueces internacionales y precisamente constitucionales, que forma una serie de *influencias recíprocas e interacciones*, menos raras de lo que se aprecia a simple vista y más debidas a la mencionada concurrencia en el objeto de decisión de ambas jurisdicciones;²⁶³ se establece entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los constitucionales, un diálogo (*Gespräch*) que debe darse dentro —y para— el pluralismo en una “sociedad abierta”, ahora externa al Estado.²⁶⁴

Existen aspectos que indican tendencias similares en la argumentación de los jueces internacionales y domésticos constitucionales, en los que puede haber un fructífero intercambio entre ellos. Una gran coincidencia, indudablemente debida a la materia y a la estructura de las disposiciones con que ambos laboran (abiertas e indeterminadas), es la tendencia a desarrollar una interpretación dinámica y evolutiva, con una gran prevalencia del criterio teleológico.²⁶⁵

Otro aspecto en el que encontramos analogía entre ambas especies jurisdiccionales, en sí y por los términos en que la manejan, la autorrestricción que se imponen los tribunales internacionales y constitucionales, al postular respectivamente el “margen nacional de apreciación (*domestic o national margin of appreciation - marge nationale d’appréciation*)” y la “libertad de conformación legislativa”.²⁶⁶ Aquél concepto —de complejo uso—, acuñado por el Tribunal Europeo en el caso *Handyside* a instancia británica, responde a la articulación funcional del sistema regional de derechos humanos para acomodarlo a las realidades y necesidades de cada Estado parte, pensando en establecer una regulación internacional plural y armónica, no obcecadamente uniforme; implica el respeto a la facultad de las autoridades nacionales —especialmente judiciales— a elegir las medidas más óptimas de gobierno que no vulneren los tratados correspondientes, dado su conocimiento inmediato del contexto de operación de los derechos humanos.²⁶⁷ Este “margen doméstico” que garantiza el Tribunal Europeo a los Estados parte del Convenio de Roma, es muy amplio en materia política y en su virtud pueden los países bajo su jurisdicción tomar diversas medidas de restricción de los

²⁶² Cfr. Bidart Campos, *op. cit.*, nota 165, p. 1541; y Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 128, p. 393.

²⁶³ Cfr. Grewe, *op. cit.*, nota 260, pp. 212-213 y 228.

²⁶⁴ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 160, p. 49; Toro Huerta, *op. cit.*, nota 259, p. 353; y Bobbio, *loc. cit.*, nota 56.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 200-201, 206 y 220-221.

²⁶⁶ Sobre este último concepto y el control constitucional, véase Hesse, *op. cit.*, nota 156, p. 243.

²⁶⁷ Cfr. *Handyside c. Royaume-Uni*, *cit.*, nota 261, §§ 47-48; Lambert, Pierre, “Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, pp. 63 y 69; Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 65-68 y 72; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 43-46.

derechos fundamentales, de acuerdo con su experiencia histórica particular,²⁶⁸ aunque calificadas por el parámetro de que sean “cruciales [en ellos] para el establecimiento y el mantenimiento de los fundamentos de una verdadera democracia”.²⁶⁹

Por su lado, la práctica constitucional nacional ha influido a la internacional —aunque ésta no lo reconozca expresamente—, no sólo en meras cuestiones de terminología o estilos de argumentación, sino fundamentalmente en conceptos y técnicas para promover los derechos humanos.²⁷⁰ Un claro ejemplo de lo anterior es el uso del principio de proporcionalidad por el Tribunal Europeo para controlar el margen de apreciación nacional, no sólo con la misma denominación que le dieron la doctrina y la práctica alemanas, sino prácticamente en sus mismos términos. Aunque la jurisprudencia europea no menciona los subprincipios alemanes de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*), sus caracteres son los mismos en cuanto a considerar la naturaleza de la intervención en un derecho y la naturaleza de éste y otro con el que colisiona, aunque con una variante adecuada a la jurisdicción internacional: la exigencia de un “denominador común” europeo sobre la restricción enjuiciada; otra anotación digna de hacerse sobre el tema, es que precisamente a la jurisprudencia de Estrasburgo se debe la divulgación del mismo principio en Europa.²⁷¹

Más notable aún, considerando la autoridad de “cosa interpretada” de las decisiones de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, es la influencia de ésta en la jurisprudencia constitucional. Debido a aquélla los tribunales nacionales y, en especial los constitucionales, tienen la obligación de voltear hacia los parámetros jurisprudenciales internacionales internacionales, abrirse a ellos y recibirlos en sus decisiones interpretativas, por ejemplo: el principio *pro homine* y su versión procesal *pro actione*, como una “medida positiva” al cumplimiento de los deberes del Estado frente a la comunidad internacional en esta materia, que evite al máximo posible que el Estado nacional incurra en responsabilidad internacional.²⁷²

Entre los más notables ejemplos de aplicación de la jurisprudencia internacional en la jurisdicción constitucional, encontramos los siguientes: *España*,²⁷³ que sería de los que más

²⁶⁸ *Rekvényi c. Hongrie*, núm. 25390/94, fondo, 20 de mayo de 1999, §§ 46-48. El Tribunal de Estrasburgo deja la discusión y conclusión de las páginas dolorosas de la vida de cada Estado, a “los esfuerzos que todo país está llamado a aportar para debatir abierta y serenamente su propia historia” (*Lehideux et Isorni c. France*, núm. 24662/94, fondo y satisfacción equitativa, 23 de septiembre de 1995, § 55).

²⁶⁹ *Kavakçı c. Turquie*, núm. 71907/01, fondo y satisfacción equitativa, 5 de abril de 2007, § 40.

²⁷⁰ Véase Grewe, *op. cit.*, nota 260, pp. 199, n. 1, y 220; y Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, p. 10.

²⁷¹ Compárese BVerfGE 30, 292 (316-317), con TEDH, *Gillow v. United Kingdom*, núm. 9063/80, fondo, 24 de noviembre de 1986, § 55, y *Rasmussen v. Denmark*, núm. 8777/79, fondo, 28 de noviembre de 1984, § 40. La Corte Interamericana ha afianzado el mismo principio, siguiendo claramente a su homólogo europeo, en *Herrera Ulloa*, fondo, 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, §§ 112-116 y 120-123. Véanse Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, pp. 44 y 46-53; Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 58, pp. 68-71; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 47-51.

²⁷² *Cfr.* Benda y Klein, *op. cit.*, nota 261, p. 28; Schaffarzik, *op. cit.*, nota 239, p. 866; Ayala Corao, Carlos M., “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 1472; y Toro Huerta, *op. cit.*, nota 259, pp. 329-330. Véase *supra*, notas 247 y 261; y Gómez Pérez, *op. cit.*, nota 5, p. 66.

²⁷³ SSTC 223/1988, F.J. 2 (dilaciones procesales indebidas); 245/1991, F.J. 3 (efectos jurídicos de las decisiones de Estrasburgo; caso *Bultó*); 35/1995, F.J. 3 (intermediación de la prueba penal); 50/1995, FF.JJ. 6-7 (registros de autoridades hacendarias; recepción del principio de proporcionalidad por vinculación a la jurisprudencia europea); 21/2000, F.J. 4 (derechos al honor y la información, en una “sociedad democrática”); 91/2000, FF.JJ. 6-8 (autoridad interpretativa del Tribunal Europeo y múltiples referencias a sus decisiones, para la homologación de resoluciones extranjeras); 119/2001, F.J. 6 (intimidad y tecnología; salud y ruido); 12/2004, F.J. 3 (publicidad, intermediación y contradicción en la segunda instancia penal); 248/2005, F.J. 2 (Tribunal

referencia hacen a la jurisprudencia internacional;²⁷⁴ *Alemania*,²⁷⁵ cuyo último paso en este camino fue la sentencia de la Segunda Sala de su Tribunal Constitucional Federal del 14 de octubre de 2004;²⁷⁶ *Francia*, aunque casi imperceptiblemente;²⁷⁷ *Argentina*, cuya Corte Suprema también da autoridad a la Comisión Interamericana;²⁷⁸ y sorprendentemente los *Estados Unidos*, invocando los valores contemporáneos de la “civilización occidental” y de

Europeo como “denominador común” de la interpretación de derechos fundamentales); 283/2005, F.J. 4, inc. c) (principio *pro actione*); 41/2006, F.J. 3 (referencia al Tribunal Europeo y al Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre discriminación por orientación sexual).

²⁷⁴ Junto con Portugal y “menos sistemáticamente” Suiza y Austria luego de sus primeras condenas en Estrasburgo —la inicial fue el multicitado caso *Neumeister* (núm. 1936/63, fondo, 27 de junio de 1968)—, que la han hecho incluso superar los mínimos del Tribunal Europeo. Grewe, *op. cit.*, nota 260, pp. 199, n. 1, 206-207, 210 y 212.

²⁷⁵ BVerfGE 74, 358 (370) (sobre la interpretación conforme al derecho internacional, especialmente jurisprudencial, de las normas internas sustantivas y procesales relativas a la presunción de inocencia); 96, 152 (170) (implicando que competencia del Tribunal Federal puede surtirse por “el estándar significativo para la interpretación de los derechos fundamentales, de los derechos humanos garantizados en la Convención Europea de Derechos Humanos”, que no es otro que el dictado por el Tribunal de Estrasburgo); 108, 282 (311) (el famoso caso del *Velo [Kopftuch]* musulmán; TEDH, *Dahlab v. Switzerland*, núm. 42393/98, 15 de febrero de 2001); y 110, 1 (2 BvR 564/95, 14 de enero de 2004), párr. 85 (medidas procesales preventivas y presunción de inocencia; TEDH, *Agosi v. United Kingdom*, núm. 9118/80, fondo, 24 de octubre de 1986).

²⁷⁶ “La [CEDH] vale en el orden jurídico alemán con el rango de una ley federal y debe tenerse en cuenta para la interpretación del derecho nacional —incluso la de los derechos fundamentales y de las garantías del Estado de derecho—: (1o.) se extiende sobre todos los órganos estatales y los obliga básicamente, en el marco de su competencia y sin perjuicio de su vinculación a la ley y al derecho (art. 20.3 LF), a poner fin a una continua violación a la Convención y a establecer una situación conforme a ella [...] En el ámbito interno estatal, a través de las determinaciones de la Convención en relación con la ley de aprobación [de la misma] y de las exigencias del Estado de derecho (arts.20.3, 59.2 LF en relación con el art. 19.4 LF), todos los titulares del poder público alemán están vinculados a las sentencias del [TEDH]. [...] También a la vinculación [de los jueces] a la ley y al derecho, pertenece el considerar las garantías de la [CEDH] y las sentencias del [TEDH], en el marco de una interpretación legal defendible metódicamente (*methodisch vertretbar*). [...] Puesto que la [CEDH] —en su interpretación por el [TEDH]— tiene el rango de una ley federal formal, se incluye en la primacía de la ley y, en consecuencia, el poder judicial debe observarla”, BVerfGE 111, 307 (315-316, 322-323 y 325-326).

²⁷⁷ El caso francés sobre el particular es algo complicado. El baluarte del Consejo Constitucional en materia internacional ha sido primera decisión sobre el aborto (54 DC del 15 de enero de 1975) en la que frente al Convenio de Roma adoptó una posición tradicional sobre los acuerdos internacionales y consideró a éste como un *traité-contrat* cualquiera y de plano sostuvo que “no [le] corresponde [...] examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado o de un acuerdo internacional”, pero diciendo implícitamente que toca a los jueces ordinarios vigilar su prevalencia en el “campo de aplicación del tratado”; o sea, piensa que es “mejor confiar el cuidado de asegurar la primacía del tratado a los jueces encargados de la aplicación de la ley, antes que a aquellos que velan por la buena formación de ésta”. Esta posición la corroboró, en su competencia ordinaria contenciosa electoral (decisión 1030 del 21 de junio de 1988) al seguir al Tribunal Europeo (*Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *cit.*, nota 147). La más sonada decisión francesa en este aspecto ha sido la relativa a la transparencia del mercado financiero (260 DC del 28 de julio de 1989, §§ 43-48), en la que siguió la doctrina del Tribunal Europeo sobre el debido proceso (*Delcourt c. Belgique*, núm. 2689/65, fondo, 17 de enero de 1970; y *Golder c. Royaume-Uni*, *cit.*, nota 13), aplicándola muy sigilosamente con referencia al preámbulo constitucional de 1958 que se integra al *bloc de constitutionnalité*. Finalmente, en diciembre de 1999 y luego de la primera resolución de Estrasburgo contra una ley que el Consejo había estimado acorde a la Constitución (*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, núms. 24846/94 *et al.*, fondo y satisfacción equitativa, 28 de octubre de 1999), aparecen las decisiones 422 DC y 425 DC siguiendo presumiblemente a aquella resolución. Véanse Roussillon, *op. cit.*, nota 258, pp. 68-69; Favoreu, Louis, y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003, pp. 311-318 y 424-425; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 88, pp. 127-129.

²⁷⁸ Ayala Corao, *op. cit.*, nota 272, p. 1519.

ninguna manera por una vinculación a los precedentes europeos que refirió su Suprema Corte.²⁷⁹

Ciertamente, los tribunales internacionales de derechos humanos y los constitucionales domésticos tienen un extenso ámbito de concurrencia: los derechos fundamentales y el derecho constitucional relacionado con la democracia —y, aunque ocasionalmente, con la materia electoral—²⁸⁰ cuando afecte los derechos de los individuos, consagrados en instrumentos internacionales; no obstante que aquéllos pueden servirse de las técnicas y recursos de los tribunales nacionales, por la vinculación jurídica de éstos a la jurisprudencia internacional, es factible que los tribunales constitucionales muestren una mayor influencia internacional o, por lo menos, muestren mayor consideración a las instancias internacionales.

Como sabemos, la jurisdicción internacional es subsidiaria o complementaria de la doméstica, y no tiene por objeto sustituirla sino apoyarla y suplir sus deficiencias, para evitar al máximo la vulneración de los derechos humanos, así sean los que otorgan primordialmente las Constituciones,²⁸¹ esto lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

incumbe primeramente a las autoridades nacionales, y particularmente a las cortes y tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno. Acontece lo mismo cuando éste remite a disposiciones del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel [de este] Tribunal se limita a verificar la compatibilidad de *los efectos de tal interpretación* con la Convención.²⁸²

Ahora bien, lo anterior no lleva a degradar a los tribunales nacionales, sino representa un estímulo para que cumplan más celosamente su labor de velar por los derechos fundamentales, para el mayor beneficio de sus titulares: las personas. No obstante que es imposible dejar de ver que la jurisdicción internacional de alguna forma ejerce control sobre la doméstica, su relación no debe verse en términos de confrontación sino de *cooperación* a ese elevado fin.

²⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Las decisiones del Tribunal Europeo invocadas en este asunto fueron: *Dudgeon v. United Kingdom*, núm. 7525/76, fondo, 22 de octubre de 1981; *Norris v. Ireland*, núm. 10581/83, fondo y satisfacción equitativa, 26 de octubre de 1988; *Modinos v. Cyprus*, núm. 15070/89, fondo y satisfacción equitativa, 22 de abril de 1993; y *P.G. and J.H. v. United Kingdom*, núm. 44787/98, fondo y satisfacción equitativa, 25 de septiembre de 2001, § 56. Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 206-207 y 215-217.

²⁸⁰ Tampoco hay que descartar la utilidad de los criterios internacionales para la jurisdicción constitucional de los Estados federales —como México—, ya que éstos son en realidad una “comunidad de Estados” similar a la global. *Cfr.* Brownlie, *op. cit.*, nota 6, pp. 23-24; Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 140, p. 516; y “COORDINACIÓN FISCAL ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS ESTADOS. LOS CONVENIOS CELEBRADOS POR ÉSTOS CON AQUÉLLA PARA ADHERIRSE AL SISTEMA NACIONAL RELATIVO, TIENEN EFECTOS ANÁLOGOS A LOS DE UN TRATADO INTERNACIONAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, diciembre de 2000, tesis 2a. CLXXII/2000, p. 436.

²⁸¹ *Cfr.* García Ramírez, *op. cit.*, nota 20, p. 81; Bidart Campos, *op. cit.*, nota 134, p. 503; Matscher, *op. cit.*, nota 188, p. 38; y Toro Huerta, *op. cit.*, nota 259, p. 349; y TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, *loc. cit.*, nota 261.

²⁸² *Markovic et autres c. Italie*, *cit.*, nota 219, § 108 (cursivas añadidas).

VII. *EXCURSUS*: NOTAS SOBRE LA UNIÓN EUROPEA
Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Aspectos generales políticos y jurídicos*

Es indudable que la Unión Europea se erige como uno de los fenómenos políticos más llamativos de los últimos años. Su gestación inició a partir de la coincidencia de intereses económicos —como se sabe, fue “Comunidad Económica” antes de ser “Unión” o “Comunidad” a secas— constituida a través de una serie de tratados que comenzó con el de París a través del cual se estableció la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 1951, hasta el de Niza de 2001 y la malograda “Constitución” de 2004.²⁸³

Con una visión teórica y doctrinal más clara, en los últimos tiempos se ha visto a la Unión Europea como una “forma moderna de Confederación por contraposición a las formas clásicas conocidas hasta el momento”, atento a que ésta no comparte la debilidad de la confederación tradicional, ni la fortaleza de los Estados federales y tampoco las limitaciones teleológicas de las organizaciones internacionales comunes.²⁸⁴ Es entonces la Unión Europea una nueva forma de confederación estatal: una *organización internacional de integración o supranacional*,²⁸⁵ por eso no es correcto, en la actualidad, confundir lo supranacional con lo genéricamente internacional,²⁸⁶ en esto consiste la innovación que representa la unificación de Europa: la creación de un orden jurídico con autonomía respecto del interno y del internacional e “intermedio” a su respecto,²⁸⁷ cuyos problemas de integración con el doméstico y los principios que lo sostienen, ha ocupado el lugar protagónico de la ciencia jurídica europea de hoy.²⁸⁸

Se ha discutido mucho el talante “constitucional” del ordenamiento comunitario y visto en sus tratados fundacionales un perfil verdaderamente constitucional al derivar de ellos todo el derecho de la Unión,²⁸⁹ pero en realidad la “norma fundamental” —en el sentido kelseniano— del orden europeo es el poder constitucional de celebración de tratados de los Estados parte, o

²⁸³ Puede darse un elemental vistazo a la historia de la integración europea, en Unión Europea, Comisión Europea, *EUROPA. La UE en breve. 12 lecciones sobre Europa. Las grandes etapas históricas*, http://www.europa.eu/abc/12lessons/index2_es.htm.

²⁸⁴ Una puntual exposición comparada entre las características de la Unión Europea y la confederación, el Estado federal y las organizaciones internacionales, puede verse en García Gestoso, Noemi, *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución)*, Barcelona, Escola Galega de Administración Pública-Atelier, 2004, pp. 355-366. Véase también Demuro, Gianmario, “Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos” (trad. de Karla Irasema Quintana Osuna), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 17, julio-diciembre de 2007, p. 56.

²⁸⁵ “El supranacionalismo es un proceso de cooperación que resulta en un desplazamiento de autoridad a un nuevo nivel de organización que es autónomo, sobre el Estado y tiene poderes coercitivos independientes de los del Estado. Además, el supranacionalismo limita la posibilidad de que un Estado miembro ejercite el veto nacional, obligándolo a seguir decisiones apoyadas por una mayoría calificada de los demás Estados miembros”, Heffernan, Richard, “Building the European Union”, en Bromley, Simon (ed.), *Governing the European Union*, 2001, p. 21, citado y traducido en Perichart Perera, Pedro Alfonso, *Constitucionalismo y personalidad jurídica internacional de la Unión Europea como procesos formadores de identidad*, México, ITAM, tesis de licenciatura, 2003, p. 11.

²⁸⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 11 y 14-15.

²⁸⁷ García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 264 y 266-270.

²⁸⁸ *Ibidem.*, nota 284, p. 284; y Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, pp. 230 y 312.

²⁸⁹ Véase *ibidem*, pp. 230-236.

sea la misma Constitución de cada uno de esos países.²⁹⁰ Aparte de la ausencia de una declaración europea de derechos fundamentales —el Convenio de Roma es un tratado que no proviene de la Unión como tal—, uno de los obstáculos para considerar el derecho primario de la Unión como “constitucional”, es que en su creación no se ejerció un poder constituyente clásico, cuyo asiento no es la validez formal jurídica sino la legitimidad política.²⁹¹ Los esfuerzos para dar una “Constitución” a Europa no han sido exitosos: el proyecto de octubre de 2004 no alcanzó eficacia, ya que Francia y los Países Bajos lo rechazaron en 2005 por sendos referenda, y esto condujo a que el 23 de junio de 2007 se acuerde la celebración de una Conferencia Intergubernamental —inaugurada exactamente un mes después— con la misión de elaborar, para antes del 2008, un “Tratado de Reforma” de las instituciones comunitarias y no un texto “constitucional” para la Unión.²⁹² Pero aun teniendo en cuenta la frustración actual de la Constitución europea, probablemente esta integración culmine (luego de un muy paulatino desarrollo) en una figura muy cercana —si no idéntica— al Estado federal.²⁹³

Uno de los principales tópicos de discusión respecto de la Unión Europea, es el déficit democrático que padece y refleja hacia los Estados,²⁹⁴ como apreció el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Maastricht*, diciendo que ante una organización supranacional

no puede establecerse la legitimación democrática igualmente que en el seno de un ordenamiento estatal regulado de manera unitaria y concluyente a través de una Constitución estatal. Cediéndose a una organización supranacional derechos de soberanía, necesariamente pierde influencia el órgano de representación electo por el pueblo [...], junto con el ciudadano con derecho a voto, en los procesos de formación de la voluntad política y de decisión.²⁹⁵

Aunque la integración europea no es ajeno al principio democrático y expresamente lo postula e impone su promoción,²⁹⁶ y un régimen democrático interno es necesario para la admisión de un Estado en la Unión,²⁹⁷ se ha dicho que presenta un déficit democrático en dos aspectos: 1) la atribución de facultades a las instituciones comunitarias, las relaciones entre ellas y la designación de sus miembros, pero que se ha subsanado gradualmente y en especial considerando los artículos I-46.2 del tratado constitucional de 2004—;²⁹⁸ y, quizá el más

²⁹⁰ García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 275, 309 y 318.

²⁹¹ *Cfr.* Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, pp. 319 y 323; y García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 262 y 359. Véase también Grimm, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 256-258.

²⁹² Véase Unión Europea, Comisión Europea, *EUROPA – Reforma institucional de la Unión Europea*, http://europa.eu/institutional_reform/index_es.htm

²⁹³ Véase el art. I-11 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. *Cfr.* García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, p. 274; y Guevara Palacios, Augusto M., “Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, p. 109; y Baranger, Denis, *Le droit constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 62-63.

²⁹⁴ Véase Rosenfeld, *op. cit.*, nota 54, p. 654

²⁹⁵ BVerfGE 89, 155 (182).

²⁹⁶ Véanse los arts. 177.2 y 181 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y el tercer párrafo del preámbulo y los arts. 6.1 y 11.1 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht).

²⁹⁷ Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 256. Recuérdese la expulsión de Grecia en 1969, no de la comunidad europea sino del sistema de protección de derechos humanos de ese continente, ante el golpe de estado que se dio en aquel país; Cappelletti, *op. cit.*, nota 75, p. 239.

²⁹⁸ Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 255.

complicado, 2) las transferencias de poder a las instituciones comunitarias, no expresadas en los textos constitucionales, que conducen a la transformación de éstos y a la relegación de sus normas, sin el ejercicio de un poder constituyente o revisor —más que mínimamente a través del *treaty-making power* controlado internamente por el gobierno democrático—, es decir una mutación constitucional informal salvable según algunos apoyándose en una interpretación constitucional justificada por la necesidad de adecuar el ordenamiento a los problemas suscitados por la integración, por la cual se racionalice que tal es “el modo en que se adopta la decisión de atribuir a la Unión Europea el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.²⁹⁹

En materia jurídica, los problemas más importantes que presenta la Unión Europea son: las relaciones entre el derecho comunitario y el interno y la protección de los derechos fundamentales.³⁰⁰

2. Derecho comunitario e interno

Las características relevantes del derecho comunitario son su *efecto directo* y su *primacía* respecto del nacional, derivando éste del primero.³⁰¹ Corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que tiene sede en Luxemburgo, controlar la regularidad de la actuación de los Estados miembros, para que se conforme al derecho comunitario; pasada una etapa “primitiva”, este tribunal ha evolucionado al grado de cumplir importantes funciones *constitucionales* que inciden en las “relaciones Estado-instituciones-ciudadano”, a través de las acciones directas y el procedimiento prejudicial que son de su competencia.³⁰²

El derecho de la Unión Europea es inmediatamente aplicable en el ordenamiento nacional, contrariamente a lo que normalmente sucede en el derecho internacional, no sólo para los órganos estatales sino también para los particulares.³⁰³ La primacía del derecho europeo se realiza en la aplicación preferente de sus normas, frente a cualquier norma doméstica *sin importar su jerarquía* en el derecho interno, y en la interpretación del orden nacional conforme al comunitario.³⁰⁴ Estos principios han sido acuñados por el Tribunal de Luxemburgo en los casos *Van Gend & Loos* y *Costa c. Enel*, para la unificación y plena eficacia del derecho comunitario.

La satisfacción de los anteriores principios del derecho comunitario, se encuentran a cargo de los jueces nacionales, siempre bajo la vigilancia y control del Tribunal de Luxemburgo, cuya jurisprudencia están llamados a seguir;³⁰⁵ lo anterior coloca a los jueces ordinarios en no pocas coloca a éstos en una situación de enfrentamiento con sus superiores y la jurisdicción

²⁹⁹ Véanse *ibidem*, pp. 314 y ss.; García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 332-339; y Sagüés, *op. cit.*, nota 254, p. 62; y BVerfGE 89, 155 (190-191).

³⁰⁰ García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, p. 344.

³⁰¹ Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 243; y Fernández Segado, Francisco, “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, p. 60.

³⁰² Biavati, Paolo, “Profili critici del contraddittorio nel procedimento pregiudiziale europeo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 3-5. Véase *supra*, nota 75.

³⁰³ García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 267 y 294.

³⁰⁴ Véase *ibidem*, pp. 285-293 y 299; y Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, pp. 247-252.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 250.

constitucional o simplemente difíciles, por la inaplicación de la norma interna que realizarían para satisfacer al derecho comunitario.³⁰⁶

En la interpretación del derecho comunitario tienen aplicación “técnicas” hermenéuticas y “categorías” del derecho constitucional, alejadas de la dogmática iusinternacionalista,³⁰⁷ sin embargo, y aun derivando de autorizaciones constitucionales expresas como las contenidas en los artículos 23 de la Ley Fundamental alemana y 93 de la Constitución española,³⁰⁸ ello no sujeta al derecho comunitario al control de la jurisdicción constitucional, porque —como sostiene el orden europeo— “el parámetro de validez de [los actos comunitarios] no son las Constitucionales nacionales sino los Tratados constitutivos” cuya interpretación y control de conformidad a ellos corresponde al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.³⁰⁹

El Tribunal Constitucional Federal Alemán nunca ha tenido a la integración europea “como un cuerpo extraño frente a la Ley Fundamental”, sino ha promovido y justificado dicho proceso en sus resoluciones a los casos *Solange I* (BVerfGE 37, 271) y *II* (*idem* 73, 336) y el referido *Maastricht*, considerándolo una “nueva dimensión del bien común”.³¹⁰

Dados los escuetos términos en que generalmente se pronuncia el Consejo Constitucional, no existe mucha luz francesa al respecto. En términos generales, dicho órgano sostiene que el control constitucional de un tratado internacional no puede llevarse a cabo según las disposiciones de otro.³¹¹ Sin embargo, el 2 de septiembre de 1992 el Consejo declaró la regularidad constitucional del tratado de Maastricht, luego de admitir en una decisión anterior que el orden jurídico comunitario tiene una naturaleza propia.³¹²

El Tribunal Constitucional español tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema en ocasión de la solicitud de control previo sobre el Tratado de Maastricht que ejerció el Gobierno nacional, conforme al artículo 95.2 de ese reino —el primero realizado al amparo de esa disposición—. En la declaración correspondiente, de fecha 10. de julio de 1991, el Tribunal sostuvo en resumen: 1) reafirmó que los tratados internacionales —todos, sin excluir los de integración— deben ser conformes a la Constitución; 2) la inconstitucionalidad de la “ciudadanía europea” que permitiría a los ciudadanos europeos de otros países, votar en elecciones municipales españolas; y 3) la única manera de salvar esta contradicción sería la reforma constitucional.³¹³

Sin duda las relaciones entre los derechos comunitario y constitucional son complejas y existe la posibilidad de una “autoruptura” constitucional que haga del derecho originario

³⁰⁶ Cfr. Fernández Segado, *op. cit.*, nota 301, p. 66.

³⁰⁷ García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 271-272 y 283. “Ciertas instituciones internacionales mantienen relaciones más estrechas con el derecho constitucional, porque es más afirmada su pretensión a la unificación política y más sensible su impacto sobre el derecho nacional. Tal es el caso de la Unión Europea y de su orden jurídico: el derecho comunitario”, Baranger, *op. cit.*, nota 293, p. 61.

³⁰⁸ Una prueba más de que España aprovechó en su Constitución de 1978 el avance de la ciencia jurídica europea es el artículo referido, previéndose en él *ab initio* la integración europea. Cfr. García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, p. 273.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 289. Cfr. Gómez Pérez, *op. cit.*, nota 152, pp. 60-61.

³¹⁰ Cfr. Michael, Lothar, “Die Wiedervereinigung und die europäische Integration als Argumentationstopoi in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1999, pp. 606-610. El caso *Euro* (BVerfGE 97, 350) es otra decisión alemana relativa al proceso de integración, ahora respecto del cambio de unidad monetaria y la seguridad de los propietarios de dinero a quienes negó la procedencia de la *Verfassungsbeschwerde*, pero estableciendo la responsabilidad gubernamental de asegurar la propiedad monetaria.

³¹¹ 80-116 DC y 91-294 DC; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 277, p. 802.

³¹² 92-308 DC y 92-312 DC. Véase Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 277, pp. 807-810.

³¹³ DTC 1/1991. Véase García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, pp. 322-331.

comunitario una “superconstitución”.³¹⁴ Tratando de encontrar respuestas al dilema entre Constitución y orden europeo, Fernández Segado ha establecido el “flujo de validez” entre el derecho constitucional, el comunitario y el ordinario, hablando de una “interpretación integradora al más alto nivel jurisdiccional, es decir, de una interpretación *pro constitutione* de los tratados por el Tribunal de Luxemburgo y de una interpretación *pro communitate* de las Constituciones nacionales”,³¹⁵ lo cual aunque es un buen inicio todavía no allana completamente el camino de solución de conflictos normativos en este contexto.

3. *La protección de los derechos fundamentales*

Aunque originalmente el derecho europeo comunitario no previó la protección de los derechos fundamentales,³¹⁶ y es completamente ajeno al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Estrasburgo —recuérdese que el Consejo de Europa y la Unión Europea son entidades distintas³¹⁷—, el Tribunal de Luxemburgo ha expresado su apego a los derechos fundamentales y ha normado su criterio por aquéllos, y aun puede tenerse como su “mérito principal” la elaboración de un catálogo de éstos como “sistema de principios fundamentales no escritos” en el ámbito comunitario, desde el caso *Stauder* de 1969 y “por lo menos hasta el Tratado de Maastricht”.³¹⁸

No hace falta demostrar que la protección a los derechos fundamentales es una cuestión de gran importancia, tanto para el régimen interno de los Estados parte como para la eficacia y legitimidad del orden jurídico comunitario. El artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, que remite al Convenio Europeo de 1950 y a las tradiciones constitucionales nacionales, más que solucionar lo anterior —salvo por lo relativo a Estrasburgo— es insuficiente ante la diversidad cultural y jurídica de los Estados europeos. Para resolver esta dificultad se ha intentado convertir en parámetro común de protección de los derechos fundamentales, a los mínimos establecidos por los miembros de la Unión; pero aparenta ser mejor alternativa por su tradición y constituir un claro “criterio indicativo del nivel de protección” de los derechos fundamentales en Europa, recurrir al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sobre todo a las decisiones de su órgano jurisdiccional *ad hoc*, como marca el Tribunal Comunitario en la línea jurisprudencial iniciada en los casos *Nold* y *Hauer*.³¹⁹

Sin embargo, la sola declaración del Tribunal de Luxemburgo de dar seguimiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no basta para solucionar los problemas que suscita la coexistencia de ambos órganos, a pesar de que han establecido mutuas remisiones. En primer lugar, los perfiles de cada uno son distintos: el primero es más cercano a un tribunal constitucional doméstico, y el segundo marcadamente internacional; y en segundo lugar, a pesar de que sus relaciones son respetuosas, existen diversos puntos conflictivos entre ellas como los relativos a: el control indirecto por el segundo tribunal del

³¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 308-309 y 315-319; y Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, pp. 316 y 322.

³¹⁵ *Op. cit.*, nota 301, p. 61.

³¹⁶ Fue hasta la Cumbre de Niza que se adoptó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y se expresó la afiliación de la Unión Europea al Convenio de Roma (a la que es aneja la obligación de seguir la jurisprudencia de Estrasburgo), en los arts. 177.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 6.2 del de Maastricht, y muy especialmente en el párrafo quinto del preámbulo del Tratado constitucional. Cfr. Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 278.

³¹⁷ *Supra*, nota 91.

³¹⁸ Cfr. Benda y Klein, *op. cit.*, nota 261, p. 38; Cappelletti, *op. cit.*, nota 75, pp. 219 y 232; y Demuro, *op. cit.*, nota 284, pp. 55, 57 y 67.

³¹⁹ Cfr. Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, pp. 273-274.

derecho comunitario mediante el examen de los actos estatales que los ejecuten; y finalmente, la posibilidad de divergencias materiales entre ambas jurisdicciones, a que daría lugar la creciente autonomía del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales, la cual ha vuelto al Convenio de Roma sólo un texto más entre varios en la materia, y no el único como antes de la vigencia de los instrumentos de la Unión Europea para ella. Corresponderá aclarar todas estas cuestiones al futuro desenvolvimiento del proceso de integración de ese continente.^{320 y 321}

³²⁰ Demuro, *op. cit.*, nota 284, pp. 54-56 y 76-81.

³²¹ Acerca de cómo han entendido las naciones europeas esta situación, puede anotarse el Tribunal Constitucional Federal alemán expresó que se halla vinculado al comunitario respecto del derecho de este ámbito, pero puede controlar su aplicación interna “en tanto” (*solange*; de ahí la denominación coloquial de sus sentencias) se garantice una tutela comunitaria de los derechos fundamentales y calificar el ordenamiento comunitario según las disposiciones iusfundamentales de la *Grundgesetz*, si la interpretación del Tribunal de Luxemburgo presentare deficiencias generales y esenciales respecto de los derechos fundamentales (BVerfGE 73, 339 [387] – *Solange II*; *cfr.* Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 240, 244 y 252; véase también Muñoz Machado, *op. cit.*, nota 134, p. 302). En España, la posible colisión entre normas europeas y domésticas relativas a derechos fundamentales, sería salvable por lo dispuesto en el artículo 10.2 constitucional (García Gestoso, *op. cit.*, nota 284, p. 316).

CAPÍTULO CUARTO LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. *Sistemas jurisdiccionales de control constitucional*

La regularidad jurídica es una “relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”, es decir la conformidad que deben guardar las normas jurídicas respecto a las de superior jerarquía que determinan su creación.¹ El control constitucional, más precisamente: el control de la regularidad constitucional o de la constitucionalidad, consiste en los instrumentos jurídicos que tienen por finalidad imponer la observancia de las normas constitucionales a través de la invalidez de los actos que las contravengan.²

Al ser la Constitución el criterio para controlar la validez de leyes y otros actos, a través de la confrontación entre el significado de las normas de aquella y el de éstos, tiene como presupuesto la interpretación de aquel parámetro de validez.³ Por ello, la interpretación definitiva⁴ y el control constitucionales han tenido un desarrollo paralelo, atribuyéndose ambos inicialmente a órganos de carácter eminentemente político para luego otorgarse a órganos jurisdiccionales, como es regla en la actualidad.⁵ Dentro del control jurisdiccional de la constitucionalidad se trazan dos grandes sistemas: el norteamericano o difuso⁶ que faculta a todos los jueces a ejercerlo, y el europeo o concentrado que encomienda dicha función a un solo órgano especializado.

En los Estados Unidos la importancia de los tribunales, la práctica judicial “constitucional” de las cartas coloniales y la concepción casi *ab origine* de la Constitución como una verdadera norma jurídica, facilitaron convertir a la jurisdicción en el garante de la supremacía constitucional.⁷ Aunque posteriormente a la independencia de ese país se dieron en él casos de declaración de inconstitucionalidad de leyes,⁸ no fue sino hasta la sentencia de *Marbury v. Madison*,⁹ obra del *great chief justice* John Marshall,¹⁰ que se consolidó la *judicial review* de

¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmerán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 13-14.

² Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 164; y Carranco Zúñiga, Joel, *Poder judicial*, México, Porrúa, 2000, p. 303.

³ Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 167 y 171.

⁴ Véase *supra*, cap. segundo, § I.2.

⁵ Para un panorama de los sistemas de control constitucional, véase Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 154-169.

⁶ El binomio difuso-concentrado como calificativo del control constitucional, fue propuesto por Schmitt en *El defensor de la Constitución (Der Hüter der Verfassung)*, 4a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 18, n. 3). Véase Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 51, n. 76.

⁷ Cfr. Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1963, p. 31; y Hamilton, Alexander, *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000, núm. LXXVIII, p. 332.

⁸ El primero se dio en Nueva Jersey en 1780 en *Holmes v. Walton*; también puede referirse a *Commonwealth v. Caton* en Virginia en 1782. Grant, *op. cit.*, nota 7, pp. 31-32; y Mendonca, Daniel y Ricardo A. Guibourg, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 147.

⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Los principales argumentos de esta decisión, atinentes a la *judicial review* y contenidos en sus más afamados pasajes, son los siguientes: “El gobierno de los Estados Unidos se ha llamado enfáticamente un gobierno de leyes y no de hombres (*a government of laws, and not of men*). Ciertamente, dejaría de merecer esta alta denominación si las leyes no proporcionaran algún remedio para la violación de un

la constitucionalidad. Así, según la feliz expresión de Alexis de Tocqueville, a partir de la citada decisión los tribunales en los Estados Unidos han tenido el gran poder jurídico y político de derribar las leyes contrarias a la Constitución, “bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia”.¹¹

El modelo europeo de justicia constitucional no se debe más que a Hans Kelsen.¹² El jurista austriaco concibió un solo órgano cuya actividad está absolutamente sujeta a la Constitución, tanto en su organización como en el derecho que aplica: la propia Constitución, aplicación que lo distingue del legislador creador de derecho¹³ y caracterizado como un “legislador negativo”,¹⁴ porque “aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa [...] no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica”.¹⁵ Otro elemento que, según Kelsen, caracterizaría a su creación como un tribunal, consistiría en su imparcialidad e independencia respecto de otros órganos estatales, además de que actuaría casuísticamente sólo para solucionar conflictos entre partes.¹⁶

Debemos tener en cuenta de que, ante la riqueza actual de los sistemas de control jurisdiccional, resulta insuficiente la tradicional dicotomía *judicial review*-

derecho (*legal right*) otorgado” (p. 163); “...O la Constitución es una ley máxima (*paramount*), superior, inmutable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios [...].- Si la primera alternativa fuera verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no sería derecho; si lo fuera la última, entonces las Constituciones escritas serían absurdos intentos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable [...] Enfáticamente es ámbito y deber (*province and duty*) del Departamento Judicial decir lo que es el derecho. Aquellos que aplican la regla (*rule*) a casos particulares tienen, por necesidad, que explicar e interpretar dicha regla. Si dos leyes se contraponen entre sí, los tribunales tienen que decidir sobre la operancia (*operation*) de cada una de ellas.- Así, si una ley se opusiera a la Constitución [...] el tribunal tendría que determinar cuál de estas normas en conflicto rige el caso. Esto corresponde a la misma esencia del deber judicial” (pp. 177-178; siguiendo claramente a Hamilton, *loc. cit.*, nota 7); “Así, la particular fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y corrobora el principio, que se supone esencial en toda Constitución escrita, de que es nula una ley contraria (*repugnant*) a la Constitución y que los tribunales, así como los otros Departamentos, están vinculados por aquel instrumento” (p. 180).

¹⁰ Para conocer los revueltos contextos histórico y político (que hasta se ve como una anécdota propia de las “devaluadas democracias del tercer mundo”) en que se dio esta resolución, para entender los motivos políticos reales de la decisión de Marshall, quien hizo en ella una dudosa interpretación restrictiva del artículo III de la Constitución para afianzar a la Suprema Corte como su intérprete supremo, y por qué Edward Corwin la calificó de “buena en el aspecto jurídico, pero excelente en el plano político”, perdiendo su partido una batalla en este último pero ganando paradójicamente la guerra, véanse Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, Nueva York, Vintage, 2002, pp. 21-35; Mendonca y Guibourg, *op. cit.*, nota 8, p. 148, n. 2; Guzmán Orozco, Guillermo (ed.), *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, México, SCJN, 2000, pp. 81-82; 323; Brugger, Winfried, “Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Francia del Meno, C.H. Beck, núm. 4, 2003, pp. 323 y 235; y la clara y completa exposición de González Oropeza, Manuel, “Marbury v. Madison: La política en la justicia”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. I, pp. 315-331.

¹¹ *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 2000, p. 109.

¹² Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 5.

¹³ *Cfr. op. cit.*, nota 1, p. 56.

¹⁴ Este modo de ver la actuación de la jurisdicción constitucional concentrada y los efectos de sus resoluciones, es uno de sus principales contrastes con el sistema difuso americano, en el cual “[I]as cortes no invalidan las leyes; se niegan a ponerlas en vigor *porque* no son válidas”, como aplicación de la regla *nulo ab initio* que aun desde el siglo XVIII ha estado presente en la práctica judicial norteamericana; véase Grant, *op. cit.*, nota 7, pp. 40-44 (cursivas en el original del texto transcrito).

¹⁵ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 36-37.

¹⁶ *Cfr. op. cit.*, nota 1, pp. 48-49; y *op. cit.*, nota 15, pp. 14-15.

Verfassungsgerichtsbarkeit, que maniqueamente los pretendió clasificar adscribiéndolos al modelo norteamericano o al kelseniano; de ahí que se realicen intentos de nuevas clasificaciones de la jurisdicción constitucional bajo distintos criterios como los materiales (si defiende derechos fundamentales o disposiciones políticas), el tipo de control ejercido (abstracto o concreto) y por los efectos de las sentencias (generales o particulares).¹⁷

2. Concepto de “tribunal constitucional”

Aunque estrictamente hablando y en el sistema europeo, sólo se tendría por un auténtico tribunal constitucional a “una jurisdicción creada para conocer *especial y exclusivamente* de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de éste, así como de los poderes públicos”;¹⁸ en sentido amplísimo podríamos incluir en ese concepto a *cualquier* órgano jurisdiccional con atribuciones para conocer y resolver “litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”, y con ello calificar la regularidad constitucional de un acto jurídico;¹⁹ así, también los tribunales del sistema americano o difuso,²⁰ aunque sean de ínfima jerarquía, se considerarían “constitucionales”.

Para mediar entre tales alternativas ha sido preciso establecer un criterio de distinción que dé lugar a una “noción moderna y amplia”: considerar que “tribunales constitucionales” son los *órganos jurisdiccionales erigidos como intérpretes auténticos de la Constitución*,²¹ que igualmente deberían estar constitucionalmente instituidos en forma independiente a otros órganos. Este criterio permite incluir en el concepto de “tribunal constitucional”, pero con límites que no diluyan su aplicación, a órganos que no subsumiría el estricto concepto europeo aunque tengan un notable perfil jurisdiccional constitucional —como las Cortes norteamericana y mexicana—; a la vez, tiene la evidente ventaja de facilitar la identificación de los tribunales constitucionales.

Es preciso detenernos en dos aspectos implicados en la anterior definición, mas no con claridad, relevantes para establecer la naturaleza de un tribunal constitucional; ellos son: 1) la jurisdicción constitucional y 2) el control constitucional de los actos legislativos.

En términos estrictos, la jurisdicción constitucional implica la existencia de un *litigio*, un conflicto de intereses, sobre la regularidad constitucional de un acto; es una función estatal que a través de un *proceso* dotado de ciertas garantías de imparcialidad y objetividad —que se

¹⁷ Véanse Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ediar, 2003, p. 372; y Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 129 y ss.

¹⁸ Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 3 (énfasis añadido).

¹⁹ *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, p. 59. Este autor usa el concepto expuesto, pero limitándolo a “altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial”.

²⁰ El control constitucional difuso —aunque no se encargue a todos los tribunales como acontece en México—, plantea también una categoría híbrida de la jurisdicción, situada entre la común y la especializada; tratándose del concentrado, es claro que estamos ante una jurisdicción especializada; *cfr.* Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, p. 125.

²¹ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, nota 19, pp. 55-57; y *supra*, nota 4. *Cfr.* Pérez Gordo, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 26. Bajo esta última acepción usaremos el término “tribunal constitucional”, aunque debe decirse que lo que exponemos también aplicaría a órganos con jurisdicción constitucional de inferior jerarquía, en tanto realizan la misma actividad interpretativa que los tribunales constitucionales y sea irrelevante que sus resoluciones carezcan de autoridad definitiva sobre el sentido de la ley fundamental.

tienen por indispensables en la actualidad—, resuelve con autoridad definitiva dicha controversia.²² El carácter jurisdiccional de la actividad de los tribunales constitucionales, entonces, no plantea dificultades tratándose del control de constitucionalidad por vía de acción cuando se insta una demanda *ex profeso* ante algún tribunal con jurisdicción especial y diferente al originario —como el juicio de amparo o las controversias orgánicas—, o de excepción cuando ante un tribunal ordinario que conoce de un litigio, se hace valer la inconstitucionalidad de un acto para que su misma jurisdicción decida sobre ella —típico del sistema norteamericano—;²³ pues en tales hipótesis es claro que se busca solucionar a una discrepancia sobre la validez constitucional de los actos impugnados y los alcances constitucionales.

Pero algunos tribunales constitucionales están facultados para ejercer un control constitucional *previo* o *preventivo*, anterior a la fuerza obligatoria de ciertas normas generales —como tratados internacionales— o a la aplicación de normas supuestamente inconstitucionales en un litigio ordinario, lo que no hace tan evidente la naturaleza jurisdiccional en tales casos. No obstante que estas atribuciones pueden tener la apariencia de una mera consulta al tribunal constitucional, en realidad le plantean un litigio real y actual a resolver por su decisión, de ahí que también se tengan como jurisdiccionales.²⁴

Como indica Favoreu, el elemento determinante para el carácter jurisdiccional de la actividad de los tribunales constitucionales, sin importar aspectos como las características de sus integrantes o su pertenencia formal a una rama del poder público, es que “diga[n] el derecho con autoridad de cosa juzgada”,²⁵ que resuelvan *definitivamente* controversias (más o menos actuales, no hipotéticas o plenamente abstractas) relativas a la aplicación e interpretación de la Constitución.

Revisar la constitucionalidad de los actos legislativos es uno de los elementos esenciales del control constitucional de cualquier tipo, ya que son los más inmediata y frecuentemente realizados en aplicación de las normas constitucionales;²⁶ pero el control de normas generales no es el tema exclusivo de la jurisdicción constitucional, cuyos alcances competenciales se han extendido también a la solución de conflictos orgánicos y a la protección de los derechos fundamentales, aunque aquél sea su actividad paradigmática.²⁷ Sólo puede hablarse de un control sobre la constitucionalidad de las leyes, teniendo a la Constitución como *única* expresión de la voluntad general y soberana,²⁸ y subordinando a ella al legislador ordinario

²² Véase *supra*, cap. primero, § V.2; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 235 y 240; Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., München, C.H. Beck, 1991, p. 1; Gómez Lara, *op. cit.*, nota 20, pp. 3, 122-123 y 291; y Waline, Marcel, “Préface”, en Favoreu, Louis, y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., Paris, Dalloz, 2003, pp. XIII-XIV; Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 11 y 14-16.

²³ *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 156-157.

²⁴ *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 138-139 y 153-155; y Favoreu, *op. cit.*, nota 12, pp. 24-25.

²⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁶ Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 13 y 15. *Cfr.* García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 124-125.

²⁷ *Cfr.* Aparicio, Miguel A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 149; e *infra*, nota 164.

²⁸ Actuando prácticamente sin límites, independientemente de adoptarse una concepción liberal y democrática, al cabo producto de cierto desarrollo histórico (Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel [comp.], *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 110-113; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 49), o una de corte formal o

como mero “poder constituido” cuya actividad está imperativamente regulada por el Constituyente,²⁹ idea opuesta a la tradicional francesa e imperante en Europa continental, que sacralizaba al legislador.³⁰

Si se entiende al legislador obligado a someter sus actos y decisiones a límites jurídicos formales y sobre todo materiales que no puede (válidamente) transgredir,³¹ y por lo tanto carente de soberanía, por simple congruencia con el principio de legalidad en un sentido amplio, aquél debe observar las normas del Constituyente que regulan su actividad y habrá de ser controlado por un órgano independiente a él.³² El control constitucional de las leyes es por lo tanto una función esencial de los tribunales constitucionales quienes, si bien pueden tener otras atribuciones, no pueden prescindir de aquélla sin perjuicio de su calidad de tales³³ y de intérpretes auténticos de la Constitución; porque exentar a los actos legislativos de la revisión de su constitucionalidad por un órgano ajeno a ellos, implicaría —como hizo la tradición europea— hacer del legislador el intérprete definitivo de las normas constitucionales al darle la única palabra sobre los alcances que para él mismo tendrían.³⁴

3. Características de algunos tribunales constitucionales

A. Alemania

Luego del final de la segunda guerra mundial y de los regímenes totalitarios que la originaron, la preocupación europea por limitar al poder público a través de las normas constitucionales y la necesidad de asegurar su cumplimiento, aunado a la desconfianza a los poderes públicos ordinarios —incluidos los jueces—, provocaron el surgimiento en todo el continente de tribunales constitucionales con sello kelseniano, aunque hubieron algunos antecedentes de ellos en Austria (1920) y España (1931).³⁵

positivista, de contenido “neutral” (Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución” [trad. de Miguel Carbonell], *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 33).

²⁹ Cfr. Carré de Malberg, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, ed. facsimilar de la de 1931, París, Economica, p. 109; y Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 246-257.

³⁰ Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 29, pp. 21 y 129; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 25; Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 8.

³¹ Cfr. Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 20-23; Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-49 y 51-52.

³² Cfr. Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 51-53; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 17 y 66-67; y Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 13. Al lado de estas consideraciones teóricas, pueden formularse argumentos que sostengan el control constitucional de las leyes, como resultado de que ya no sean actos de la voluntad general, sino simples homologaciones de las propuestas de la administración o del juego de fuerzas políticas que busquen garantía a sus intereses y no la del bien común; véanse Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional” (trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas), *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, pp. 313-320; y Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 30, p. 37.

³³ Favoreu, *op. cit.*, nota 12, pp. 17-18.

³⁴ Cfr. Hesse, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional” (trad. de Joaquín Brage Camazano), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 158-159.

³⁵ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 11; y Cappelletti, *op. cit.*, nota 32, pp. 309-310. Pueden distinguirse tres fases de desarrollo de la jurisdicción constitucional: una “temprana” anterior a la segunda guerra mundial que incluiría el tribunal austriaco de 1920; una intermedia que partiría de la corte italiana (1947) hasta el tribunal español (1978); y la más reciente, que iniciaría en el “*annus mirabilis*” de 1989, caracterizada por su gran

Siguiendo esta corriente y teniendo aún fresca la experiencia del nacionalsocialismo y sus consecuencias, ocasionada por la debilidad de la Constitución de Weimar, Alemania incluyó en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 —la *Grundgesetz*— al Tribunal Constitucional Federal como la más original e interesante institución de su sistema constitucional,³⁶ el cual inició funciones el 7 de septiembre de 1951 en Karlsruhe donde hasta ahora tiene su sede, de acuerdo con el artículo 1.2 de su ley orgánica.³⁷ Aunque es discutida la existencia de una “tradición” germana de justicia constitucional, ante ciertos órganos precedentes al Tribunal Constitucional Federal como el *Reichsgericht* de 1849 y el Tribunal de la República de Weimar, lo cierto es que no fue sino hasta la segunda posguerra —como en los demás países europeos— que Alemania tuvo una jurisdicción especializada en materia constitucional —en términos modernos— personificada en el órgano que ahora tratamos, que es “en esencia una institución inédita” en ese país.³⁸

Con una argumentación *sedes materiae*, la opinión doctrinal imperante sobre la naturaleza de este tribunal lo adscribe al poder judicial,³⁹ pero de una calidad privilegiada frente a los tribunales ordinarios por la función que desempeña y por su carácter de órgano constitucionalmente instituido e independiente a cualquier otro.⁴⁰ Agregando a lo anterior que tiene a su cargo revisar la constitucionalidad de los actos de cualquier otra autoridad, teniendo así “la última palabra en todas las cuestiones de interpretación y aplicación de la Ley Fundamental”, el Tribunal de Karlsruhe es el intérprete auténtico de la *Grundgesetz* y, por tanto, un tribunal constitucional en todos los sentidos;⁴¹ sus decisiones sobre el derecho constitucional —y también las que interpretan la legislación ordinaria, aunque no se admita con claridad— tienen plenos efectos vinculantes y algunas incluso “fuerza legal (*Gesetzeskraft*)”, como exige su calidad de “decisivo intérprete y guardián de la Constitución (*maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung*)”.⁴²

La dogmática procesal constitucional germana acuñó el “principio de enumeración (*Enumerationsprinzip*)” para señalar que el Tribunal Constitucional Federal tiene una competencia limitada a hipótesis expresamente previstas en la Ley Fundamental y en su ley

expansión en Europa oriental y Latinoamérica; Häberle, Peter, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl del Rin, año 31, núms. 5-8, 26 de abril de 2004, pp. 118-119.

³⁶ Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C.H. Beck, 1999, pp. 11 y 13; Benda, Ernst, y Eckart Klein, *Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 1; Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 89; y Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 641 y 665.

³⁷ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 1. Véase Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, p. 38.

³⁸ *Cfr.* Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 1-3; Benda y Klein, *op. cit.*, nota 36, pp. 2-3; y Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 14.

³⁹ Arts. 92-94 y 99-100 de la Ley Fundamental; Fleury, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 6a. ed., Múnich/Unterschleißheim, Luchterhand, 2004, p. 1; Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 15; y Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, pp. 37-38.

⁴⁰ Art. 1.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 20-21 y 25; y Favoreu, *op. cit.*, nota 12, pp. 16-17.

⁴¹ *Cfr.* art. 93 de la Ley Fundamental y 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 19; y Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 8.

⁴² BVerfGE 40, 88 (93-94).

orgánica,⁴³ que pueden esquematizarse en seis clases de procedimientos:⁴⁴ 1) controversia orgánica o constitucional (*Organstreit*) —aquí contaríamos la defensa de la autonomía municipal que se da a través de una “queja constitucional”—; 2) controversias federativas, sobre las relaciones entre la Federación y los *Länder*; 3) control de normas generales, que puede ser concreto o abstracto, pudiendo en este último declarar la nulidad *erga omnes* del acto impugnado;⁴⁵ 4) la queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) muchísimo más relacionada con la protección de los derechos fundamentales, y procedente aun contra normas generales,⁴⁶ que con la defensa municipal a la que también sirve; 5) procedimientos especiales de tutela constitucional como la prohibición de partidos políticos antidemocráticos, la jurisdicción constitucional local por remisión y las de control previo que pueden iniciar los tribunales ordinarios, en relación tanto con la constitucionalidad del derecho ordinario como respecto de la aplicabilidad del derecho internacional;⁴⁷ y, finalmente, 6) la impugnación de la declaración de validez electoral que realice el Parlamento Federal (*Bundestag*) y la pérdida de membresía a este cuerpo de un diputado, que el mismo determine.⁴⁸

En el artículo 94 de La Ley Fundamental apenas se dan algunos lineamientos generalísimos para la integración del Tribunal Constitucional; en realidad es la ley orgánica correspondiente la que dispone sobre la composición y elección de los integrantes de ese órgano. El tribunal alemán se compone de dos Salas (*Senat*) integradas cada una por ocho jueces, con capacidad jurídica para el servicio judicial y algunos necesariamente de entre magistrados de tribunales federales superiores, designados en partes iguales por el Parlamento y el Consejo (*Bundesrat*) Federales, mediante un “complicado proceso de elección” que intenta lograr una composición democrática de ese órgano, aunque nunca resulte exento de polémica.⁴⁹

Cada Sala tiene atribuciones según el tipo de procedimiento y no de materias jurídicas especiales, según el artículo 14 de su ley orgánica. Actuando en Pleno, el tribunal emite su reglamento, dirime posibles contradicciones los criterios de las Salas y está facultado para acordar cambios en la competencia de éstas.⁵⁰ También, algunos jueces integran tres Cámaras que, entre otras funciones, examinan preliminarmente la procedencia de las reclamaciones sobre control concreto de normas generales y de quejas constitucionales.⁵¹

La importancia del Tribunal Constitucional Federal alemán ha radicado en que su jurisprudencia ha afianzado la concepción axiológica de *Grundgesetz* en la práctica judicial, que permite “constitucionalizar” el resto del orden jurídico a través del efecto de irradiación de

⁴³ Véase el art. 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que menciona detalladamente los supuestos de competencia de ese órgano y los relaciona con las disposiciones de la Ley Fundamental que los establece.

⁴⁴ Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 7; y Fleury, *op. cit.*, nota 39, pp. 8-9.

⁴⁵ Art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

⁴⁶ Como se señaló en el caso *Lüth*: “El sentido de la institución de la queja constitucional es que haya de controlarse la ‘iusfundamentalidad (*Grundrechtsmäßigkeit*)’ de todos los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (BVerfGE 7, 198 [207] [cursivas en el original]). Sobre la impugnación de los actos legislativos por medio de este proceso, véase *idem* 30, 1 (16-17).

⁴⁷ Arts. 21.2, 99 y 100 de la Ley Fundamental. Es llamativa la facultad del tribunal alemán para resolver la prohibición de partidos políticos, al contrastarla con la falta de esa atribución en el Tribunal Constitucional español (véase STC 3/1981, F.J. 9) que siguió al modelo germano en los términos que luego veremos; hecho que apunta al muy especial significado de esa función en el país del Rin.

⁴⁸ Art. 41 de la Ley Fundamental.

⁴⁹ Arts. 94 de la Ley Fundamental y 2o., 3.2 y 5.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. *Cfr.* Fleury, *op. cit.*, nota 39, p. 7; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 31-32; y Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, p. 43.

⁵⁰ Arts. 1.3, 14.4 y 16 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

⁵¹ Art. 15a de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. *Cfr.* Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, p. 41.

las normas constitucionales, el desarrollo evolutivo de los derechos fundamentales y la juridización de la vida política;⁵² incluso se ha dicho al respecto que su jurisprudencia otorgó al derecho constitucional una importancia de la que carecía y que no tendría sin ella.⁵³ El tribunal germano ha sido un modelo para otros países (recientemente: Rusia, Polonia, Eslovenia, Georgia, Sudáfrica y Mongolia), que acuden a él como ejemplo para trazar los perfiles de su jurisdicción constitucional.⁵⁴

B. Colombia

La Constitución colombiana de 1991 es un hito procesal en ese país, por instituir diversas acciones en defensa del orden constitucional y otorgar primordial competencia para decidir las a un tribunal especializado: la Corte Constitucional inspirada en la jurisdicción constitucional española y trasladando atribuciones de la Corte Suprema de Justicia a este nuevo órgano.⁵⁵ El sistema procesal constitucional colombiano es ecléctico, al ser “concentrado por el predominio de la Corte Constitucional, pero con atributos del llamado control difuso”, con el objeto de “hacerlo más integral y darle un carácter descentralizado que facilite la intervención ciudadana ante tribunales seccionales”,⁵⁶ dada la influencia que en Colombia tienen la *judicial review* norteamericana y el control de legalidad administrativo francés.⁵⁷

Por regularse dentro del Título VIII de la Constitución colombiana relativo al poder judicial, al igual el tribunal alemán, pensamos que asimismo la Corte Constitucional forma parte de esa rama pública aunque a un nivel “diferente”.⁵⁸ De lo dispuesto en el artículo 241 de la ley suprema colombiana en el sentido de que a la Corte Constitucional “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, ese mismo tribunal ha derivado que él es precisamente el intérprete auténtico de la ley fundamental, como claramente señaló en la sentencia C-37/96 y sostenido en otras ocasiones;⁵⁹ pero dicha calidad no sólo se sustenta en la opinión de la misma Corte —sesgada, si se quiere—, sino también en el artículo 243 de la Constitución colombiana que da a sus fallos el carácter de “cosa juzgada constitucional” y aun prohíbe la reiteración de actos inconstitucionales por cuestiones de fondo, lo que reitera el artículo 21 del decreto 2067 de 1991 que dicta el régimen procedimental de la Corte.

Según los artículos 232 y 239 de la Constitución colombiana, la Corte Constitucional se integra por nueve⁶⁰ magistrados que duran ocho años en su encargo, quienes requieren ser abogados con experiencia profesional o académica de diez años cuando menos, y son

⁵² Véanse Favoreu, *op. cit.*, nota 12, pp. 65-67; Cruz, *op. cit.*, nota 36, pp. 129 y ss; y *supra*, cap. segundo, § II.2.C.

⁵³ Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 368.

⁵⁴ *Cfr. ibidem*, p. 4; y Häberle, Peter, “Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständiger Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Badura, Peter, y Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, vol. I, p. 311.

⁵⁵ *Cfr.* Henao Hidrón, Javier, *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003, pp. 1, 94 y 99; y Figueroa Morantes, Jorge Enrique, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001, p. 56.

⁵⁶ Henao Hidrón, *op. cit.*, nota 55, p. 99.

⁵⁷ Rey Cantor, Ernesto, “Derecho procesal constitucional en Colombia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, p. 2964.

⁵⁸ *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, nota 19, p. 80, n. 65; y *supra*, notas 39 y 40.

⁵⁹ Figueroa Morantes, *op. cit.*, nota 55, pp. 57-60.

⁶⁰ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, nota 19, p. 80.

designados por el Senado de entre las ternas presentadas por el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, buscando la diversidad de sus especialidades jurídicas.

Los asuntos en que es competente la Corte Constitucional se relacionan en el mismo artículo 241; entre los que sintéticamente tenemos a los siguientes: 1) la acción pública de inconstitucionalidad contra leyes o reformas constitucionales, promovida por ciudadanos (núms. 1, 4 y 5);⁶¹ 2) control de procedimientos de democracia directa como referendos, plebiscitos y convocatorias a Asambleas Constituyentes de reforma (núms. 2 y 3); 3) controlar la constitucionalidad de decretos legislativos gubernamentales, expedidos en estados de excepción (núm. 7); 4) revisión discrecional de las sentencias dictadas en la acción de tutela;⁶² 5) control previo de celebración de tratados internacionales y de proyectos de leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152 constitucional (núms. 8 y 10); y 6) el control de proyectos de ley vetados por el gobierno dada su inconstitucionalidad, en términos del artículo 167 constitucional (núm. 8).

La Corte Constitucional colombiana ha creado una “rica e importante jurisprudencia” en materia de derechos fundamentales y de los valores que éstos implican, tendiente a la búsqueda de “justicia material” y a la efectiva protección de la dignidad humana.⁶³

C. España

Aunque se ha querido ver algún antecedente de la justicia constitucional en el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 y aun en instituciones mucho más remotas como el famoso Justicia Mayor de Aragón, en España no se tuvo un verdadero “sistema de justicia constitucional” sino hasta la Constitución de 1978, al menos con las mismas “aspiraciones ideológicas” y “valoraciones políticas” que lo caracterizan en la actualidad.⁶⁴

Aprobado por un acuerdo casi unánime que contó con poca resistencia —sólo del Partido Comunista de España—, el Tribunal Constitucional se inspira principalmente en el “modelo alemán” con algunas influencias italiana y francesa,⁶⁵ pero con una sutil diferencia: el primero sigue con más fidelidad la receta kelseniana, como indica la doctrina general al pensar que es un *órgano constitucional del todo ajeno al poder judicial*; esta opinión se basa en argumentos derivados de su previsión constitucional y su necesidad para el adecuado funcionamiento del

⁶¹ El control abstracto de normas generales, a través de una acción pública otorgada a cualquier ciudadano, se instauró en Colombia desde 1910, con antelación al sistema kelseniano y al auge jurisdiccional constitucional europeo de la segunda posguerra; implica una importante “participación democrática de ciudadanos en el proceso de constitucionalidad”. Véanse Henao Hidrón, *op. cit.*, nota 55, pp. 90-94; y Rey Cantor, *op. cit.*, nota 57 (énfasis en el original).

⁶² La acción de tutela colombiana es una adecuación del amparo, limitada a “tutelar los derechos y libertades fundamentales” que, a diferencia del mexicano, es improcedente contra sentencias judiciales porque los tribunales colombianos pueden resolver cuestiones constitucionales y su control se realiza por la Corte Suprema como instancia de casación (art. 235 de la Constitución colombiana); su última instancia puede ser la Corte Constitucional, si ésta así lo decide “sin motivación expresa y según su criterio”. Para concluir, la acción de tutela es “una garantía constitucional avanzada para la protección de los derechos humanos, ya que incorpora los adelantos más significativos que se advierten en otras legislaciones, así como en la jurisprudencia y la doctrina de Iberoamérica”. Cfr. Henao Hidrón, *op. cit.*, nota 55, pp. 4, 7 y 15; y Fix-Zamudio, Héctor, “Amparo y tutela”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 721-722.

⁶³ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *loc. cit.*, nota 60; Rey Cantor, *op. cit.*, nota 57, p. 2979; y Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 95 y 153-160.

⁶⁴ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 94; y Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 60.

⁶⁵ Marín, *op. cit.*, nota 64, p. 73; y Aparicio, *op. cit.*, nota 27, p. 150. Véase García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 135-136.

orden fundamental, que apoya también una interpretación “topográfica” —en sentido inverso a la alemana— del hecho de que la Constitución lo regula en un título especial (IX) y separado del que dedica a la jurisdicción ordinaria (VI).⁶⁶

Dado que sus resoluciones tienen fuerza de cosa juzgada luego de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y, aún más notable, que las aquellas por las que declara la inconstitucionalidad de leyes y otras normas generales tienen “plenos” efectos *erga omnes*; el Tribunal Constitucional es el intérprete auténtico y “supremo” de la Constitución hispánica.⁶⁷ Por ello se concluye que el Tribunal Constitucional español tiene una “situación prevalente” en la esfera jerárquica estatal y desde una perspectiva funcional.⁶⁸

Se compone de doce magistrados nombrados por el Rey entre los candidatos propuestos por el Congreso, el Senado, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, y “todos ellos [habrán de ser] juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional”.⁶⁹ La paridad de este número se ha criticado por ocasionar empates en las resoluciones, aunque éstas sean resueltas por el voto de calidad del Magistrado Presidente.⁷⁰

El Tribunal Constitucional puede actuar en Pleno o en Salas, teniendo éstas una competencia residual a las atribuciones de aquél.⁷¹ En las hipótesis en que se surte su competencia, continúa bajo los cánones kelsenianos al ser mínimas las atribuciones que no son estrictamente de control constitucional, como la calificación de sus integrantes.

Según el artículo 2o. de su ley orgánica —que los sintetiza como acontece en el caso alemán—, el tribunal español conoce en resumen de los asuntos siguientes:⁷² 1) el recurso de inconstitucionalidad contra normas generales —que es procesalmente en realidad una “acción”, como en México, y no un medio de impugnación⁷³—, de carácter abstracto y en el que están activamente legitimados los poderes ejecutivo y secciones del legislativo, así como el Defensor del Pueblo; 2) la cuestión de inconstitucionalidad, llamada prejudicial y de carácter *a priori*, por la cual los órganos del poder judicial inquietan al Tribunal Constitucional sobre la conformidad de una ley ordinaria con la Constitución, ya que ellos les está vedado “enjuiciar al Poder Legislativo en el ejercicio de su función peculiar”;⁷⁴ 3) el recurso de amparo, que en exclusiva posee para tutelar los derechos fundamentales limitativamente establecidos en el artículo 53.2 de la Constitución;⁷⁵ 4) resolución de

⁶⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 107-108; Pérez Gordo, *op. cit.*, nota 21, p. 49; Rebollo, Luis Martín, estudio preliminar, *Constitución española. Edición especial de 25o. aniversario*, Elcano (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, p. 42; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, “El Tribunal Constitucional español”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, pp. 17 y 24; y *supra*, nota 39.

⁶⁷ Arts. 164.1 constitucional y 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La plena correspondencia del sistema español con el modelo de Kelsen, también se aprecia a través de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional y su actuación como “legislador negativo”, pero de carácter jurisdiccional; cfr. *supra*, notas 15 y 16; y Pérez Gordo, *op. cit.*, nota 21, pp. 43-44.

⁶⁸ Aparicio, *op. cit.*, nota 27, p. 151.

⁶⁹ Arts. 159.1 y 159.2 constitucionales y 5o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, nota 19, pp. 72-73.

⁷¹ Arts. 6.1, 10 y 11.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷² Véanse García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 137 y ss; y Aparicio, *op. cit.*, nota 27, pp. 163 y ss.

⁷³ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, pp. 73-74. Aunque retóricamente también se le ha llamado “acción de inconstitucionalidad”; véanse SSTC 11/1981, F.J. 3; 25/1981, F.J. 2; 42/1985, *passim*; 148/1991, F.J. 2; y 47/2005, F.J. 3.

⁷⁴ STC 4/1981, F.J. 1, inciso D). Véase Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 239-252.

⁷⁵ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 219-220, 227 y 271.

conflictos orgánicos y competenciales entre órganos constitucionales, entre el Estado y las Comunidades Autónomas o los suscitados entre los órganos de estas últimas; y 5) el control previo de tratados internacionales a que se refiere el artículo 95 constitucional.

El papel del Tribunal Constitucional en el sistema español ha sido importantísimo, al fungir como árbitro de la constante tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas como Cataluña y el País Vasco.⁷⁶ Sin embargo, su principal aportación ha sido en la interpretación de los derechos fundamentales —con una referencia clara y frecuente a la dogmática alemana—, sobre todo los relativos a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad, que ha producido un creciente fenómeno de constitucionalización del orden jurídico, que ha afianzado la vinculación de todas las ramas del derecho —en particular la administrativa— a las normas constitucionales, logrado a través una jurisprudencia “muy rica y matizada” que se califica de “encomiable” y “fundamental” para todos los juristas.⁷⁷

D. *Estados Unidos de América*

La Suprema Corte de los Estados Unidos fue el primer tribunal constitucional y tiene una longeva tradición como tal —más de dos siglos: de 1803 a la fecha—; a despecho de ello, su situación como intérprete auténtico —y, por consiguiente, de verdadero tribunal constitucional—ha sufrido “periódicas y recurrentes impugnaciones”. Contrariamente a la situación de casi todos los tribunales constitucionales, como en los casos alemán y español, cuyos papeles de intérpretes supremos de sus Constituciones se declaran o implican claramente por éstas, *la Corte norteamericana no tiene un apoyo textual y expreso en la Constitución de su autoridad interpretativa sobre el poder legislativo, que le permita anular los actos de éste*,⁷⁸ y en tal virtud se ha cuestionado y politizado su actuación mucho más de lo que ocurre con tribunales europeos como el Consejo Constitucional francés, contra el cual se esperarían más ataques en este sentido.⁷⁹

La base de la autoridad interpretativa de la Suprema Corte se forma con la opinión de Alexander Hamilton en el número 78 de *El federalista* y la célebre decisión de *Marbury v. Madison* que hizo suyos los argumentos de aquel estadista, que dieron pie al lugar común de que “toca a los jueces decir el derecho” y, por tanto, también del contenido en la Constitución.⁸⁰ Con dicha resolución y sirviéndose del principio *stare decisis* heredado del derecho inglés y muy arraigado en el norteamericano, la Corte legitimó su papel y se atribuyó —ya no sólo teórica sino positivamente— la calidad de intérprete supremo de su Constitución,⁸¹ posición que afirmó expresa y enfáticamente siglo y medio después al no haberse cimentado dicho principio sino hasta el siglo XX.⁸²

⁷⁶ Cfr. Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 103; y Rebollo, *op. cit.*, nota 66, p. 43.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 42-43; y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *op. cit.*, nota 66, pp. 26-27.

⁷⁸ González Oropeza, *op. cit.*, nota 10, p. 328.

⁷⁹ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, pp. 637-638.

⁸⁰ Wolfe, Christopher, “From constitutional interpretation to judicial activism: The transformation of judicial review in America”, *First Principles Series*, Washington, The Heritage Foundation, núm. 2, 3 de marzo de 2006, p. 2; y *supra*, nota 9.

⁸¹ “[E]l Congreso no podría sustituir (*to supersede*) legislativamente nuestras decisiones que interpretan y aplican la Constitución”, *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). “El caso [en que se instituyó el precedente que tratamos] implicó la interpretación de la Constitución y por lo tanto [dicho criterio] podría sólo alterarse por una reforma constitucional o por revisión de esta Corte”, *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996).

⁸² Cfr. Fowler, James, y Sangick Jeon, *The authority of Supreme Court precedent: A network analysis*, Davis, Universidad de California en Davis, documento de trabajo, 29 de junio de 2005, pp. 1-3 y 7-9; y Fried, Charles,

Esta decisión [*Marbury v. Madison*] declaró el principio básico de que la judicatura federal es suprema en la exposición del derecho constitucional, y esta Corte y el país siempre han respetado dicho principio como una permanente e indispensable característica de nuestro sistema constitucional.⁸³

La sección segunda del artículo III de la Constitución norteamericana, invocada por Marshall en esa histórica sentencia,⁸⁴ extiende la competencia del poder judicial federal a “todos los casos [...] relativos a (*arising under*) esta Constitución”; relacionada esa disposición con el segundo párrafo del artículo VI en el cual la Constitución encabeza la *supreme law of the land*, sobre las normas legislativas comunes, hace concluir que resolver las controversias⁸⁵ sobre la interpretación constitucional —sólo ellas y como “último recurso”⁸⁶— será de la incumbencia de ese poder y hacerlo definitivamente en última instancia corresponderá a la Suprema Corte, especialmente para calificar la actuación de otras ramas del poder público; por lo tanto, como último intérprete de la Constitución, este alto órgano tiene realmente el carácter de tribunal constitucional. No obstante las críticas que tuvo en los primeros tiempos e incluso en los recientes, todas por y sobre motivos políticos, el razonamiento en *Marbury* para sostener a la *judicial review* y que sucintamente acabamos de exponer, es actualmente casi un axioma sobre el cual se funda el constitucionalismo moderno.⁸⁷

La Suprema Corte se integra por nueve *associate justices* y un *chief justice* que la preside, los cuales son nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado;⁸⁸ siempre actúan en pleno y deliberan sus decisiones en sesión privada que celebran sólo con sus secretarios.⁸⁹ El

Saying what the law is. The Constitution in the Supreme Court, Cambridge, Mass./Londres, Harvard University Press, 2004, p. 4; y Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 558-559.

⁸³ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); véase *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144, 153 (1944). El mismo Abraham Lincoln compartió esta opinión, aunque limitándola a las decisiones unánimes (*fully settled*) de la Corte, diciendo que no sólo tienen autoridad para ciertos casos sino “también como precedente para la futura ‘política general del país’”, con la intención de impedir que otras ramas gubernamentales se desvincularan de la interpretación constitucional judicial; *cfr.* Wolfe, *op. cit.*, nota 80, pp. 4 y 11; y Rehnquist, *op. cit.*, nota 10, p. 212.

⁸⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 178-180 (1803).

⁸⁵ *Cfr.* Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, p. 37. El tecnicismo inglés “*case*” —traducido como “caso”— denota la existencia de una disputa, discrepancia o litigio; este término se usa tan habitualmente en todos los contextos del derecho internacional, que nadie duda de su acepción contenciosa ya admitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Restricciones a la pena de muerte*, OC-3/83, 8 de septiembre de 1983, serie A, núm. 3, § 33.

⁸⁶ *Chicago & G. T. R. Co. v. Wellman*, 143 U.S. 339, 345 (1892). “A menos que la parte que afirme (*to set up*) la inconstitucionalidad de la ley estatal pertenezca a la clase en cuyo interés se brinde la protección constitucional [...], este tribunal no [escuchará] sus objeciones y no se abocará a casos imaginarios, no obstante la aparente lógica de la posición de que debe hacerlo...”, *New York ex rel. Hatch v. Reardon*, 204 U.S. 152, 160 (1907).

⁸⁷ *Cfr.* González Oropeza, *op. cit.*, nota 10, pp. 330-331. “...se espera (*vermutlich sein*) que la mayoría de los juristas de la actualidad [...] se convenzan por estos argumentos: A la primacía de la Constitución corresponde [...] una primacía de la jurisdicción constitucional como la más alta instancia en cuestiones constitucionales.”, Brugger, *op. cit.*, nota 10, p. 324. “Actualmente hay controversia sobre los alcances o el uso de ese poder [de control de la constitucionalidad de leyes], pero difícilmente alguien niega su misma existencia.”, Wolfe, *op. cit.*, nota 80, p. 2.

⁸⁸ Art. II, § 2, de la Constitución; 28 U.S.C. § 1.

⁸⁹ Rabasa, *op. cit.*, nota 82, p. 476.

ámbito de competencia de la Corte se extiende mayormente a casos de apelación y a través del *certiorari* a que inmediatamente nos referiremos, aunque mantiene competencia originaria y exclusiva sobre controversias entre dos o más Estados, atribución que es su “función culminante” y lo asimila a un tribunal internacional.⁹⁰

El *writ of certiorari*⁹¹ responde a “una solicitud a la Suprema Corte para escuchar y decidir un caso que el ocursoante ha perdido ante un tribunal federal de apelaciones o en una Suprema Corte estatal”, que se otorga sólo por motivos apremiantes (*compelling*) que resuelve la Corte discrecionalmente y secretamente en una sesión privada a la que asiste nadie más que los *justices*.⁹² Esta amplísima facultad, por la cual la Corte controla los casos que resolverá para abocarse sólo a los que sean “dignos de su atención”,⁹³ respondió al rezago judicial producido por las crecientes población y complejidad de la vida social, definió el papel de aquélla como tribunal extraordinario —últimamente ha conocido menos de cien casos al año— y guía de la vida jurídica norteamericana al decidir sólo “casos que involucran cuestiones aún disputadas de derecho federal constitucional y ordinario, de interés general”.⁹⁴

A pesar su arcana selección “con una parte de intuición y otra de criterio (*judgment*) jurídico”, algunos casos tienen mayor probabilidad de ser escogidos: aquellos en los que existe contradicción de opiniones entre diversos tribunales sobre una misma cuestión, se aplica incorrectamente un precedente de la Suprema Corte o son “de importancia general trascendente a sus consecuencias sobre [los] litigantes particulares”.⁹⁵

Dada su historia bicentenaria, las decisiones de la Corte norteamericana son un objeto ideal para el estudio de líneas jurisprudenciales sobre muy variados tópicos jurídicos y aun sobre el mismo procedimiento de decisión judicial.⁹⁶ La importancia social, política y aun cultural de las decisiones de la Suprema Corte no requiere abundante exposición; con mucha frecuencia, si no siempre, los conflictos políticos, culturales y éticos en el seno de la heterogénea sociedad estadounidense, culminan con una decisión de la mítica Corte de Washington.⁹⁷

⁹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 477; Rehnquist, *op. cit.*, nota 10, p. 232; Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 93; y Márquez Piñero, *op. cit.*, nota 85, pp. 37-38. Véanse el art. III, § 2, de la Constitución y 28 U.S.C. § 1251.

⁹¹ Expresión traducible como “orden judicial para cerciorarse” (de la legalidad de la sentencia impugnada) — también puede ser de “informarse”, pero preferimos la acepción primeramente expresada que vemos más acorde a la naturaleza de esta institución—, al derivar esta nomenclatura del modo infinitivo pasivo del verbo latino *certiorāre* que tiene dicho significado; Pimentel Álvarez, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996, voz: “certiōro, āvi, ātum, āre”.

⁹² *Loc. cit.*, nota 90, pp. 232; y Regla 10 de la Suprema Corte. Véase 28 U.S.C. §§ 1254 y 1257-1259.

⁹³ Grant, *op. cit.*, nota 7, p. 34.

⁹⁴ Véanse Rehnquist, *op. cit.*, nota 10, pp. 235-238; y Rabasa, *op. cit.*, nota 82, p. 488.

⁹⁵ Rehnquist, *op. cit.*, nota 10, p. 234.

⁹⁶ Un ejemplo de esta clase de investigación es la de Fowler y Jeon antes citada (*supra*, nota 82), en la que se consideraron 30,288 decisiones incluidas en un rango de más de casi 250 años (1754-2002)

⁹⁷ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, pp. 663-665. Como un simple dechado, véanse los siguientes asuntos y los temas a que se han referido: *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 [1954]), segregación racial escolar; *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]), originando la conocida lectura de derechos a los aprehendidos, que “se ha incrustado en la práctica policial rutinaria al punto en que [esos] apercibimientos (*warnings*) se han tornado parte de [la] cultura nacional [norteamericana]” (*Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 [2000]); *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 [1973]), sobre el derecho de la mujer a practicarse un aborto; *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 [1989]), sobre la libertad de expresión y su extensión a la quema de la bandera nacional; *Bush v. Gore* (531 U.S. 98 [2000]), que definió la reñida elección presidencial del año 2000; *Gratz v. Bollinger* (539 U.S. 244 [2003]), relativo a la acción afirmativa en la admisión universitaria; *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 [2003]), sobre la penalización de relaciones homosexuales; y últimamente *Hamdan v. Rumsfeld* (núm. 05-184, 29 de junio

E. *Francia*

Al iniciar su vigencia la Constitución de la Vª República que lo erige en 1958, el Consejo Constitucional era una institución inédita en Francia hasta su creación, que en principio incluso no mereció la atención de la opinión pública y de la academia, sino hasta después de que sus decisiones la llevaron a tener un revolucionario papel en el sistema constitucional galo. Creado como un órgano más bien político y como “mecanismo que asegura el respeto al nuevo [y delicado] equilibrio entre el Parlamento y el Gobierno”, su carácter jurisdiccional — de carácter “original”— ha sido controvertido pero en la actualidad se afirma sin duda alguna.⁹⁸

La creación del Consejo Constitucional no sólo la implica sino, precisamente, surge de una deliberada intención de romper con la tradición francesa de soberanía parlamentaria la cual, como vimos, excluye toda posibilidad de que se someta el órgano legislativo al control constitucional.⁹⁹ A partir de la institución del Consejo, como lapidariamente él mismo señaló, el apotegma de Carré de Malberg debió matizarse para decir que “la ley [...] no expresa [ya] la voluntad general sino dentro del respeto a la Constitución”.¹⁰⁰

Según el artículo 56 constitucional, el *Conseil* se compone de nueve integrantes —no necesariamente juristas— que en partes iguales son nombrados por los presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado; además de los mencionados, los ex Presidentes de la República son “miembros de derecho (*membres de droit*)” vitalicios. Esta composición ha sido criticada, incluso acerbamente, en diversos aspectos: la incapacidad técnica de sus integrantes y su elevada edad, la parcialidad política con que actuarían según su designación y la naturaleza de “casa de retiro” de los ex presidentes que se da al Consejo; aunque no se ha encontrado alguna fórmula adecuada para eliminar dichos problemas.¹⁰¹

El Consejo Constitucional tiene como funciones típicas de un tribunal constitucional la solución de conflictos competenciales entre el Parlamento y el Gobierno, así como el control previo¹⁰² de constitucionalidad de actos legislativos en sentido material, incluyendo a los tratados internacionales y debiéndose controlar obligatoriamente —lo que refuerza su carácter de órgano político— las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias; el control procede a instancia del Presidente de la República, el Primer Ministro, la Asamblea Nacional, el Senado o sesenta diputados o senadores.¹⁰³ Además tiene otras atribuciones como: instancia de impugnación electoral y de calificación de la elección del Presidente de la

de 2006), acerca de los procedimientos a los detenidos iraquíes en Guantánamo, contrarios a las Convenciones de Ginebra.

⁹⁸ Favoreu, Louis, y Loïc Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978, pp. 5-7.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 8-9; y *supra*, nota 30.

¹⁰⁰ 85-197 DC, § 27. Véase Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 22, pp. 646-647; e *idem*, *op. cit.*, nota 98, pp. 119-120.

¹⁰¹ Véanse Carcassonne, Guy, comentario al artículo 56, *La Constitution*, 6a. ed., París, Éditions du Seuil, 2004, p. 262; y Roussillon, Henry, *Le Conseil Constitutionnel*, 4a. ed., París, Dalloz, 2001, pp. 10-22; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 98, pp. 119-120.

¹⁰² La regla es que el Consejo ejerce un control preventivo de constitucionalidad de leyes, pero existe una excepción “ciertamente limitada, pero incontestable”, prevista en el segundo párrafo del artículo 37 constitucional, para el caso de que el Parlamento haya establecido una ley cuya materia corresponde a la facultad reglamentaria del Primer Ministro; en tal hipótesis, éste puede modificar dicha ley, incluso ya iniciada su vigencia, luego de que el Consejo Constitucional declare la invasión parlamentaria de sus atribuciones. Véase Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 90; y Carcassonne, Guy, comentario al artículo 37, *La Constitution*, *cit.*, nota 101, pp. 182-183.

¹⁰³ Arts. 34, 37, 54 y 61 de la Constitución de la República Francesa.

República, control de regularidad de procedimientos de referéndum y del relativo a la ausencia del Presidente de la República; así como atribuciones de naturaleza consultiva en materia de referenda y de vigilancia del desarrollo de las campañas electorales, que le son otorgadas por una ley orgánica o por simples decretos.¹⁰⁴

El carácter de cosa juzgada de las decisiones del Consejo, se prevé expresamente en el artículo 62 constitucional que establece la imposición de sus efectos a “los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales”; pero, como el mismo Consejo ha sostenido en su jurisprudencia, dicha disposición no solamente se refiere a los puntos resolutivos sino también, la definitividad que implica abarca “también a los motivos que les son sostén necesario y constituyen su mismo fundamento”.¹⁰⁵

El Consejo Constitucional francés ha jugado un papel decisivo y revolucionario en la vida jurídica y política de ese país europeo, que ha desembocado en una mayor efectividad del derecho constitucional, a través de su influencia determinante en todas las demás ramas jurídicas (constitucionalización), especialmente en la administrativa, la penal y la internacional —por la definición de ciertos aspectos de esta materia en el orden interno—. ¹⁰⁶ Ha sido un importante factor de regulación de las relaciones entre los órganos parlamentario y gubernamental, que ha pacificado la vida política, pero quizá su aportación más importante, no sólo en su ámbito nacional sino por su trascendencia a otros países que lo vuelve la aportación francesa al derecho constitucional moderno, es el concepto de *bloque de constitucionalidad*,¹⁰⁷ que en Francia produjo una considerable expansión del catálogo de derechos fundamentales y un notable beneficio a su protección.

F. Italia

Sin precedentes históricos de jurisdicción constitucional, salvo algunos insólitos pronunciamientos de la Corte de Casación para controlar violaciones formales del proceso legislativo, la vigente Constitución italiana de 1947 instituye a la *Corte Costituzionale* que fue el primero posterior a la segunda guerra mundial, precediendo incluso al alemán (1951); aunque debido a la falta de la legislación ordinaria necesaria para su labor según dicta el artículo 137 constitucional, originada por la “desconfianza” parlamentaria hacia la nueva institución, dicho tribunal comenzó a funcionar hasta luego de ocho años, dictando su primera resolución el 14 de julio de 1956.¹⁰⁸

El sistema italiano de control de la constitucionalidad es de naturaleza híbrida, “abierto a la influencia de los dos grandes modelos”: la *judicial review* y la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, aunque marcadamente inclinado hacia ésta por el carácter concentrado de sus atribuciones —especialmente por la cuestión prejudicial que luego veremos—. ¹⁰⁹

La Corte italiana se compone de quince jueces designados de la siguiente manera: un tercio por el Presidente de la República, en igual proporción por el Parlamento en sesión

¹⁰⁴ Arts. 7o., 58 a 60, 59, *idem*; y Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 98, pp. 67-68.

¹⁰⁵ 62-18 L, § 1; y 92-312 DC, §§ 4 y 15. *Cfr.* Favoreu y Philip, *op. cit.*, nota 22, pp. 157-163; y Roussillon, *op. cit.*, nota 101, pp. 46-47.

¹⁰⁶ *Cfr.* Favoreu, *op. cit.*, nota 12, pp. 90-93; e *idem* y Philip, *op. cit.*, nota 98, pp. 121-125.

¹⁰⁷ Véase *supra*, cap. segundo, § III.2.

¹⁰⁸ Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 68; y Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de Gastón Federico Blasi, México, Porrúa-IMDPC, 2005, pp. 19-21, 24 y 31.

¹⁰⁹ *Cfr.* Rolla, Giancarlo, y Tania Groppi, “Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 166-169.

común de ambas cámaras que lo integran y el tercio restante por las “supremas magistraturas ordinaria y administrativa”; los *giudici se* eligen entre magistrados ordinarios inclusive aquellos jubilados, profesores de derecho universitarios o abogados con experiencia de veinte años, y duran nueve años en su cargo.¹¹⁰

El artículo 134 constitucional expresa sucintamente la competencia de la Corte: el control constitucional de actos legislativos; la solución de conflictos competenciales entre los órganos del Estado y entre el último y las Regiones y los suscitados entre éstas; y, función importantísima pero que nunca se ha ejercido,¹¹¹ resuelve las acusaciones penales contra el Presidente de la República quien sólo es responsable por “alta traición o por *attentato* a la Constitución” (art. 90). Otra facultad importante de la Corte, pero que no se le otorga constitucional sino legalmente, es la relativa a la admisión de referenda para la abrogación de leyes establecido en el artículo 75 constitucional.¹¹²

La Corte controla la constitucionalidad de actos legislativos tanto en forma *a priori* como *a posteriori* y, en el último caso, a su vez por vías de acción y de excepción.¹¹³ En la primera forma, previamente al inicio de la vigencia de un acto legislativo regional, puede el Consejo de Ministros instar el examen de su constitucionalidad a la Corte. El control *a posteriori* por vía de acción es de carácter abstracto y puede iniciarse por las Regiones contra leyes del Estado para defender sus competencias legislativas; el realizado por vía de excepción incidental, llamada también “prejudicial”, iniciada por un juez ordinario “*a quo*” que enfrenta la posibilidad de aplicar una ley inconstitucional con “relevancia” en el litigio de que se trate, cuestión que eleva a la Corte, y por medio de este procedimiento se da prácticamente toda la labor de dicha sede constitucional.¹¹⁴

Los artículos 136 y 137 de la Constitución italiana establecen el carácter de cosa juzgada de las sentencias de la Corte al disponer el primero de ellos su eficacia *erga omnes* y el segundo su definitividad al no proceder en su contra impugnación alguna. Sin embargo, debe precisarse que sólo aquellas resoluciones que declara la inconstitucionalidad de una ley tienen efectos generales, mientras las contrarias los tienen particulares.¹¹⁵

Desde luego, la Corte ha tenido una actuación importante para la eficacia de los derechos fundamentales —no obstante que el sistema de ese país carece de un procedimiento de amparo—, sobre todo a favor de los procesales y el de igualdad, aunque su labor no ha resultado tan benéfica en lo que se refiere a conflictos entre el Estado y las Regiones; por otro lado, impulsó la constitucionalización del orden jurídico italiano al “reescribir” diversas leyes heredadas del régimen fascista, conformándolas a los nuevos valores de la Constitución de 1948.

A pesar de los obstáculos que se le opusieron para el inicio de sus funciones, la Corte italiana ha extendido por mucho, a través de una interpretación dinámica, los alcances de su control especialmente frente al legislador, a través del principio de igualdad; se ha situado metodológicamente dentro de una moderna posición que desecha el ideal silogístico

¹¹⁰ Art. 135 de la Constitución de la República Italiana.

¹¹¹ Celotto, *op. cit.*, nota 108, pp. 113-114.

¹¹² *Ibidem*, p. 117; y Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 72.

¹¹³ Véase *ibidem*, pp. 72-73.

¹¹⁴ Véase *ibidem*, pp. 73-75; y Celotto, *op. cit.*, nota 108, pp. 64-71.

¹¹⁵ Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana” (trad. de Miguel Carbonell), en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 349-350.

tradicional, que cambió por una argumentación prudencial que refiere a los valores constitucionales y su relevancia en el caso concreto.¹¹⁶

De este creciente control al legislador, ha resultado que la principal aportación de la Corte Constitucional al derecho procesal constitucional sea la rica tipología de sentencias relativas a la constitucionalidad de leyes, que las distingue precisamente según los efectos que tienen; así, en la jurisprudencia italiana, nos encontramos con resoluciones “estimatorias”, “desestimatorias”, “interpretativas”, “manipuladoras” y especialmente las “aditivas por principio”, respetuosas de la función legislativa, sobre las que volveremos más adelante.¹¹⁷

II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO FUNCIÓN POLÍTICA

1. *El sentido político de los tribunales constitucionales*

A muy grandes rasgos y en términos amplísimos, “la política es la actividad que tiene por objeto *regular y coordinar la vida social*”, desenvuelta complejamente en dos diversas facetas: la dirección de un “orden de vida en común” de los individuos y grupos que integran la sociedad y lo relativo a “la constitución, desarrollo y funcionamiento del poder público”.¹¹⁸ Dado que la función del derecho es regular las relaciones de los diversos actores sociales —no otra es la finalidad de los códigos penales y civil y los reglamentos administrativos—, imponiendo a su través un determinado orden y dirección a la vida social; viene a ser un “producto de la política” y de ello se sigue que, en alguna medida, toda norma jurídica es “política” porque marca alguna dirección con mayores o menores alcances a la vida social.¹¹⁹

Relacionándose con las facetas políticas que señalamos con anterioridad, el derecho de la Constitución es el ordenamiento jurídico primario de la sociedad y vincula a todos los agentes sociales,¹²⁰ pero lo hace principalmente implantando reglas con las cuales habrán de conformarse los órganos de poder público y ejercerán éste para ser protagonistas de la dirección de la sociedad en aspectos concretos.¹²¹ De este modo, la Constitución es un conjunto normativo “político”¹²² y su interpretación y aplicación tendrán también esa calidad por referirse a los aspectos antes señalados.

Al acusarse a la actuación de los tribunales constitucionales de ser “política”, se alude a una acepción espuria de este término que en realidad corresponde al de “politiquería” referente

¹¹⁶ Cfr. Rolla y Groppi, *op. cit.*, nota 109, pp. 168-169 y 175-177.

¹¹⁷ Véase Celotto, *op. cit.*, nota 108, pp. 79 y ss.

¹¹⁸ Véase Serra Rojas, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 75-95 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹¹⁹ “La política se representa como la fuente del derecho, el derecho como producto e instrumento de la política”, Isensee, Josef, “Verfassungsrecht als ‘politisches Recht’”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 114. “[T]odo lo jurídico [...] rezuma consideraciones políticas”, Marín, *op. cit.*, nota 64, p. 104.

¹²⁰ Véase *supra*, cap. segundo, § II.1. Cfr. Serra Rojas, *op. cit.*, nota 118, pp. 81-82.

¹²¹ Cfr. Isensee, *op. cit.*, nota 119, p. 139. La Constitución es entonces primordialmente un conjunto de normas jurídicas que “estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados [...] y... ante todo, *procedimientos* cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder”, al configurar y regular la actividad de los órganos estatales que lo detentarán, imponiéndole límites formales o de procedimiento, o materiales o de contenido; Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 21-27; y Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, FCE, 1999, p. 217 (cursivas en el original).

¹²² Cfr. Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 63 y 66.

a la acción de “bastardear los fines de la actuación política o envilecer sus modos”,¹²³ que se asocia con un solo aspecto de la vida política: la lucha por el poder. Con tal imputación lo que se quiere decir es que, al actuar “políticamente” la jurisdicción constitucional pretende hacerse de una parcela del poder público que no le corresponde, transgrediendo su limitada función de “boca de la Constitución” —para decirlo con Montesquieu— y volviéndose un activo director de la vida social en perjuicio de órganos “verdaderamente” políticos, a través de un control intromisivo en las funciones de estos últimos, llevado a cabo por una —supuestamente indebida— interpretación “creativa” de las normas constitucionales.¹²⁴

La solución del problema que nos planteamos sobre la “actividad política” de la jurisdicción constitucional no puede darse a partir de un concepto tan restringido —la “politiquería”—, sino con la definición amplia que dimos al iniciar este epígrafe: la política es regulación y coordinación de la vida social. Considerando este último sentido, no sólo la jurisdicción constitucional sino también la ordinaria son agentes de carácter político y la misma naturaleza tiene su actividad; de este modo, las decisiones jurisdiccionales tienen en algún grado un sentido “político”.

En mayor o menor grado, el juicio¹²⁵ no es simple “aplicación” de normas generales a un caso concreto subsumido en ellas, sino especificación de un ámbito indeterminado por aquéllas a través de una decisión del operador jurisdiccional, que en casos extremos sólo puede resolverse a través de una “decisión política pura”, o más claramente: una que escoja deliberadamente entre diversos sentidos normativos llamados a regular un aspecto (controvertido) de la vida social, y lo haga con autoridad definitiva¹²⁶ creando una norma jurídica individualizada aplicable específicamente al caso concreto.¹²⁷ El poder que tienen los jueces (constitucionales) de optar entre diversas alternativas de concretización de los textos jurídicos que aplican,¹²⁸ necesariamente refiere a las convicciones políticas y éticas de dichos operadores como determinantes de su significado; y en ese sentido constituyen una elección no muy diferente a la que realizan otros órganos;¹²⁹ y en ese sentido puede decirse aun que todos los jueces ejercen en alguna medida un “poder político”.¹³⁰ El mito de la “boca de la ley”, si alguna vez tuvo alguna realidad, ya no es una concepción válida en la actualidad.¹³¹

Lo sobresaliente de la interpretación constitucional jurisdiccional es que estos “casos extremos” de indeterminación son más bien regulares en ella por la estructura abierta y

¹²³ Serra Rojas, *op. cit.*, nota 118, p. 79.

¹²⁴ Esta impugnación evidentemente tiene mayor relevancia en órdenes pertenecientes a la tradición neorromanista que en los de *common law*, por las funciones “legislativas” que tienen los jueces en esta última. Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 645. Véase *supra*, cap. primero, § V.3.

¹²⁵ Véanse *supra*, cap. primero, notas 352 y 353.

¹²⁶ Cfr. *supra*, cap. primero, § V.1; Bleckmann, Albert, “Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht”, *Juristenzeitung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), año 50, núm. 14, 28 de julio de 1995, p. 686; Kelsen, *op. cit.*, nota 15, pp. 18-19.

¹²⁷ *Supra*, cap. primero, § IV.1.

¹²⁸ Cfr. Seiler, Christian, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2000, p. 70.

¹²⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, p. 37; y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 501. Véase *supra*, cap. primero, § V.4.

¹³⁰ Véanse Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 41-42; y Grimm, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München, C.H. Beck, 2001, p. 27.

¹³¹ “El juez nunca fue en Europa solamente ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’; el derecho romano, el *common law* inglés y el *jus commune* fueron en adelante creaciones jurídicas judiciales...”, BVerfGE 75, 223 (243).

abstracta de las normas fundamentales; por esta particularidad, la jurisdicción constitucional sería la más política de todas —no la única— por el *amplio margen interpretativo* que tiene para dar sentido a las disposiciones de la Constitución y la *frecuencia* con que para realizar su función debe realizar elecciones “puramente políticas”. En este sentido, las decisiones —especialmente interpretativas— de los jueces constitucionales son eminentemente políticas por ordenar un determinado cauce a la vida social y al ejercicio del poder público, pero no en un sentido reprobable ya que precisamente se encuentran autorizados a tomar dichas decisiones por la norma constitucional y su indeterminación;¹³² y concentrándonos en el aspecto institucional, los conflictos relativos a la interpretación y aplicación de la Constitución tienen un marcado perfil político porque precisamente el sentido en que se resuelvan dará pautas de conducta —con enormes alcances cuando tienen efectos generales— a la actividad del Estado que regula toda la vida social tanto en lo tocante a las relaciones entre los mismos órganos o ámbitos (regionales) de poder, como a los vínculos entre el Estado y los particulares.¹³³

Los tribunales constitucionales son un protagónico actor político al tener a su cargo el control —incluso represivo por sus facultades de anulación— de los demás órganos constitucionales y de sus ámbitos de poder, a través de la resolución imperativa de los conflictos entre ellos,¹³⁴ lo que consecuentemente entraña la participación de la jurisdicción constitucional en la dirección de la vida social y su influencia en el ejercicio del poder público, tanto para disponerla según sus resoluciones como para calificar la que realizan otras entidades estatales.

Esta carga política de los conflictos constitucionales aumenta tratándose de aquellos sobre los derechos fundamentales,¹³⁵ aunque se les consideró menos o nada “políticos” por ser simples derechos subjetivos públicos y no ser órganos de poder todos los sujetos de la relación jurídica que establecen, como sí sucede inmediatamente con las normas orgánicas constitucionales.¹³⁶ Aun bajo su clásica concepción de derechos de defensa que ordenan la relación entre el Estado y las personas bajo su imperio,¹³⁷ es evidente que el sentido que define la jurisdicción constitucional para los derechos fundamentales, implica dar cierta dirección a la vida social según la mayor o menor amplitud que permita al ejercicio del poder público y son

¹³² Véase *supra*, cap. segundo, § IV.1. “La resolución de conflictos influye en las relaciones sociales, si aquéllos son bastante importantes”, Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, ed. de Zenon Bańkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 52.

¹³³ Pestalozza menciona que la jurisdicción constitucional, que a grandes rasgos “sirve a la Constitución”, funciona en tres ámbitos específicos protegiendo al reparto del poder, a la sociedad frente al Estado, y a la Constitución frente a la misma sociedad y los funcionarios. *Op. cit.*, nota 22, p. 3.

¹³⁴ “...el control de la constitucionalidad adquiere indiscutiblemente alcances políticos, porque tiene por objeto interpretar la ley reguladora de equilibrios políticos...”, Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 508. Véanse Wróblewski, *op. cit.*, nota 132, pp. 47-56; y Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 22-24.

¹³⁵ “Pero la parte de la Constitución sin duda protagonista del control de constitucionalidad en todos los países, en las últimas décadas, es la formada por los derechos fundamentales de los ciudadanos”, Aja, Eliseo, y Markus González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 269. *Cfr.* Bidart Campos, *op. cit.*, nota 17, p. 159. Véase también Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 71-75.

¹³⁶ *Cfr.* Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 134, pp. 512-513.

¹³⁷ *Cfr.* Kelsen, *op. cit.*, nota 1, p. 26; y BVerfGE 7, 198 (204).

por tal motivo también de relevancia política.¹³⁸ Pero ésta aun es mayor si se tiene a los derechos fundamentales como valores superiores del ordenamiento jurídico y “fundamentales para todos los ámbitos del derecho”, en cuyo caso también regularían aspectos de la relación de los órganos estatales como tales.¹³⁹

La jurisdicción constitucional es primordialmente política —en el amplio y neutral sentido que apuntamos— debido a que tal es la naturaleza *institucional* de dicha función y *estructural* de la norma que le sirve de instrumento de control, pero ello en sí mismo de ningún modo le es reprochable o le aplica negativamente.¹⁴⁰ En la interpretación constitucional, puede en muchas ocasiones señalar con autoridad un derrotero especial a la vida política en el más amplio sentido, pero ello es debido particularmente a la situación que ocupa en el esquema constitucional y su legitimidad dependerá de la base constitucional de sus resoluciones, de su respeto a los límites naturales de su función y, en última instancia, en la calidad de la argumentación de sus resoluciones y su base constitucional, que ha sido desde siempre su pilar; en tal virtud, no puede calificarse de “política” la actuación de los tribunales constitucionales en el mismo sentido en que lo es la legislativa o ejecutiva.¹⁴¹

“La introducción de la jurisdicción constitucional conducirá a una juridización de la política y a una politización de la justicia”,¹⁴² la frase anterior, ya un lugar común, nos parece cierta pero no reprobable en su contenido. Casi podemos decir con certeza que nadie discrepará sobre la bondad de que exista un control jurídico del poder político y, respecto de la segunda, es de subrayarse que mantener a la administración de justicia en una asepsia política —si es que eso fuera posible aun en instancias “ordinarias”—, y dejar la interpretación y aplicación últimas de la Constitución a órganos totalmente políticos cuya competencia y estructura no se perfilen como las de un órgano jurisdiccional,¹⁴³ nos deja a sólo un paso del poder absoluto de una persona u oligarquía, de una asamblea parlamentaria o del partido que la controle. Frente a estas opciones, la justicia constitucional parece ser la menos arriesgada.

2. Legitimidad democrática

La objeción o problema contramayoritario (*countermajoritarian problem* o *difficulty*),¹⁴⁴ resumible en que “cuando los jueces aplican disposiciones constitucionales para derribar la

¹³⁸ Cfr. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” (trad. de Alfonso García Figueroa), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 34.

¹³⁹ Cfr. BVerfGE 7, 198 (205). Véase *supra*, cap. segundo, § II.2.C.

¹⁴⁰ Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 178-179. “De ahí que no obstante sus particularidades, la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) sigue siendo dicción del derecho (*Rechtsprechung*). Sus resoluciones no son embozadas decisiones políticas en contradicción con la esencia de la verdadera jurisdicción, que por tal motivo conduzcan necesariamente a la politización de la justicia”, Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 240.

¹⁴¹ Cfr. *ibidem*, pp. 240-241; y Hamilton, *op. cit.*, nota 7, núm. LXXVIII, pp. 330-331.

¹⁴² Isensee, *op. cit.*, nota 119, p. 115.

¹⁴³ Fernández Segado relaciona algunos elementos que apuntalarían la imparcialidad de los tribunales constitucionales como “frenos frente a la politización”, entre los cuales incluye: 1) la exigencia de una mayoría cualificada en la selección de sus integrantes; 2) un largo plazo de desempeño en el cargo de juez constitucional; 3) la renovación parcial del tribunal; 4) la irrelegibilidad inmediata de sus integrantes; y 5) la calidad profesional jurídica de sus integrantes. “El Tribunal Constitucional. Un estudio orgánico”, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 333-406.

¹⁴⁴ Como se ha llamado esta cuestión en los Estados Unidos, donde ha tenido especial consideración por la endeble situación de su Suprema Corte como intérprete constitucional definitivo; tal denominación podría deberse a Alexander Bickel y su clásica obra *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. Véanse *supra*, § I.3.D; Rubinfeld, Jed, “Legitimacy and interpretation”, en Alexander, Larry (ed.),

legislación que ha puesto en vigor el pueblo a través de sus representantes, éste ya no se encuentra más a cargo”,¹⁴⁵ es una de las críticas más intensas contra la jurisdicción constitucional. Ella fue de las primeras que surgieron frente al control judicial de la constitucionalidad: ya Carl Schmitt echó mano de ella para apoyar su idea de que no fuera un tribunal sino el Presidente del *Reich* el “defensor de la Constitución”.¹⁴⁶

Dicha cuestión puede adoptar dos direcciones: una relativa a la supuesta falta de legitimidad democrática que debería ostentar la jurisdicción constitucional para anular los actos de órganos públicos que, a diferencia de los juzgadores, sí cuentan con ella al integrarse por elección popular,¹⁴⁷ y la cual encubre un miedo a la posibilidad de un “gobierno judicial”;¹⁴⁸ y otra a que la función jurisdiccional constitucional es antidemocrática porque impide la eficacia de la voluntad democrática expresada por los órganos que sí tienen tal legitimación, y por si fuera poco a través de la “creación judicial de normas jurídicas constitucionales (*judge-made constitutional law*)”.¹⁴⁹ Tenemos así que se atribuyen dos ilegitimidades a la jurisdicción constitucional: una “personal” y otra “material” que respectivamente corresponden a los aspectos que ya señalamos. A primera vista, el tema no sólo es atendible sino muy influyente; pero luego de reflexionar sobre él con detenimiento, se advierte que sus sentidos parten de sendas premisas falsas: que solamente aquellos órganos cuyos titulares son electos mediante sufragio tienen legitimación democrática, y que la Constitución permite la voluntad legislativa tiene carácter democrático soberano.

Es cierto que la democracia se caracteriza como forma de gobierno por el hecho de que en ella “el pueblo es el *origen*, el sostén y la justificación del poder público” que se ejerce a través de *representantes del pueblo* a quienes éste confiere facultades para dirigir los asuntos públicos.¹⁵⁰ Aunque esta idea sea la más divulgada y de mayor referencia, existe un *concepto amplio de la representación pública*, en la cual detentan ésta no sólo los integrantes de órganos públicos que el pueblo eligió directamente, sino también por aquellos que son designados por él de manera indirecta a través de sus representantes; de este modo, todos los sujetos investidos del poder público ejercerían la representación popular, no obstante que su nombramiento no hubiera sido por sufragio.¹⁵¹

Es evidente que sin dicho concepto amplio sería francamente impracticable el gobierno democrático, ya que requeriría convocar a una elección para que el pueblo designe inmediatamente hasta al más modesto oficial público; la representación popular “indirecta”

Constitutionalism. Philosophical foundations, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, p. 211; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, pp. 634 y 638.

¹⁴⁵ Dworkin, *op. cit.*, nota 129, p. 28. El contramayoritarianismo está principalmente dirigido a la defensa de la legislación democrática, por ser ésta el paradigmático objeto de control constitucional (*infra*, nota 164), lo que nos hace enfocarnos a ella; pero sin duda la cuestión puede formularse también respecto de los actos del poder ejecutivo —aunque así tendría un impacto más débil—.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, nota 6, pp. 156-159.

¹⁴⁷ Que en el caso de la obra legislativa se refuerza al ser ésta resultado directo de una decisión mayoritaria de los representantes populares, caso al que paradójicamente por sus respectivos antecedentes sobre activismo judicial y parlamentarismo, se ha dado más relevancia en los Estados Unidos que en Europa. *Cfr.* Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 652.

¹⁴⁸ Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1064-1065.

¹⁴⁹ Véanse Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006, pp. 193-195; y Rubinfeld, *op. cit.*, nota 144, p. 209.

¹⁵⁰ *Cfr.* Serra Rojas, *op. cit.*, nota 118, pp. 591-592 y 596 (énfasis añadido al texto transcrito).

¹⁵¹ *Cfr.* Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José Lión Depetre, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, p. 917.

que señalamos es la formas que puede adoptar la legitimación democrática de las autoridades judiciales y administrativas, a cuyo través es atendido y garantizado el principio democrático. Se trata de una legitimación de tipo “personal-organizacional (*organisatorisch-personelle*)” que consiste “en una ininterrumpida cadena de legitimación que conduce de regreso (*zurückführend*) al pueblo”.¹⁵²

El hecho de que órganos de representación popular designen a los juzgadores constitucionales —como sucede al menos en los casos que conocimos en epígrafes anteriores y en México—, integra a éstos a la “cadena de legitimación” que va del pueblo a los órganos estatales, y hace no tengan deficiencia democrática.¹⁵³ De este modo, cuando los tribunales constitucionales resuelven los asuntos a su cargo, como cualquier otro tribunal, “dicen el derecho” como representantes del pueblo y no con autoridad propia.¹⁵⁴

Entremos a la premisa del problema contramayoritario en sentido material: que la voluntad legislativa tiene carácter democrático soberano, la cual ya mostramos que es falsa.¹⁵⁵ Una “Constitución democrática” lo es por un lado porque su expedición se debe a un ejercicio de autogobierno del pueblo —lo cual teóricamente incluso también sería elemento de una autárquica—, como porque ella establece instituciones políticas para la dirección de la vida social en cuya actuación el pueblo tiene ingerencia directa o indirectamente,¹⁵⁶ que es lo que la distinguiría y le permitiría llevar el calificativo correspondiente. El Constituyente —pueblo soberano— crea órganos a los que encarga diversas funciones para dicha dirección política, mas éstas en ningún momento son absolutas pues se hallan vinculadas a lo que él preceptuó permitiendo o no a esos poderes constituidos decidir en cuanto a ciertos objetos. Si una determinada materia es indisponible al legislador ordinario por existir un límite constitucional para que él decida a su respecto, no podría hacerlo sin transgredir las fronteras de su competencia, y así la misma validez y legitimidad democrática de su actuación, por ir contra lo establecido por la soberanía popular en la ley fundamental.

Al anular un acto del legislador que sobrepasó los límites de la autoridad que le otorgó la Constitución, haciendo suyo un poder que ésta no le corresponde —sino en todo caso al mismo Constituyente—; la jurisdicción constitucional no sólo actúa formalmente eliminando del sistema jurídico un acto irregular que no se conforma al elemento de jerarquía superior que determina su creación, haciendo de tal manera que se cumpla éste;¹⁵⁷ además, desde una perspectiva material, reinstaura el autogobierno democrático al nivel más esencial: el de la misma autoridad de la soberanía popular, según los términos de la Constitución.¹⁵⁸ Lo anterior con más claridad se aprecia tratándose de la aplicación jurisdiccional de los derechos

¹⁵² Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, en Isensee, Josef y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, vol. I, pp. 896-899.

¹⁵³ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 54, p. 317; Marín, *op. cit.*, nota 64, p. 105; y Carranco Zúñiga, *op. cit.*, nota 2, p. 265.

¹⁵⁴ Tal idea se materializa en la fórmula con que inicia sus sentencias el Tribunal Constitucional Federal alemán —por cierto, tradicional en todas las jurisdicciones germanas—, por la cual expresa que imparte justicia “en nombre del pueblo” y así indica que su decisión es (teóricamente) “acorde con el deseo del pueblo o bien con el de la mayoría popular”. Limbach, Jutta, “*Im Namen des Volkes*”. *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart, DVA, 1999, pp. 109-110.

¹⁵⁵ Como referencia general véase *supra*, cap. segundo, § II.1.B.

¹⁵⁶ No recurriremos al fácil expediente de que, en virtud de que los jueces constitucionales tienen “legitimidad democrática personal” su actuación también poseería esa calidad; el presente sentido del problema contramayoritario es de tipo *estructural* del régimen jurídico estatal y por consiguiente mucho más profundo.

¹⁵⁷ Véase Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 52-53.

¹⁵⁸ Cfr. Rubenfeld, *op. cit.*, nota 144, p. 213.

fundamentales u otros principios anejos al régimen democrático de gobierno —como el respeto a las minorías parlamentarias—: la decisión judicial que elimine un acto legislativo que vulnerara a éstos, “no es antidemocrática sino, por el contrario, perfecciona (*to improve*) la democracia”.¹⁵⁹

El constitucionalismo sería un régimen contrario a la democracia, si ésta se entendiera solamente como la posibilidad de que la mayoría ciudadana pueda hacer lo que quiera cuando lo desee; pero no es tal “democracia libertina” la concepción actual de esa forma de gobierno, sino una de tipo “constitucional” asociada “con el logro de la mayor vigencia posible de un conjunto de principios, derechos y garantías, por un lado, y a la limitación del ejercicio del poder, por el otro”.¹⁶⁰ Así, el cumplimiento de la ley fundamental es precisamente una manifestación de la autoridad y eficacia de la voluntad democrática, y en tal virtud el “contramayoritarianismo” que ejercen los juzgadores constitucionales no es un defecto “antidemocrático” sino por un lado reflejaría la calidad democrática de la ley fundamental establecida por la soberanía popular —que por cierto no es sino otra “mayoría” y mucho más calificada que la legislativa ordinaria como “voluntad general”—, y por el otro no sería más que consecuencia de la limitación de la mayoría legislativa esencial a una Constitución democrática.¹⁶¹

Finalmente, la creación jurisdiccional de normativa constitucional es en realidad el aspecto más relevante del problema contramayoritario: “confinar ese poder [judicial] a un reducido número de casos claros”, aunque no deja de relacionarse con la imposibilidad de controlar la jurisdicción constitucional —o a cualquier otro órgano que actúe en última instancia—.¹⁶² Ella tampoco es suficiente para objetar la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales.

Aparte de que toda interpretación es en alguna medida creativa, porque reformula la disposición sobre la que recae en un enunciado análogo y no idéntico a ella, la creatividad legislativa que se atribuye a la jurisdicción constitucional es *legítima* porque está autorizada por el mismo texto constitucional. El uso que éste hace de conceptos indeterminados —que es lo que permite que el derecho constitucional sea construido por la jurisprudencia— delega la posibilidad de especificar su contenido en el operador judicial, lo que indica una preferencia del mismo Constituyente a la eficiencia en la aplicación del ordenamiento. Mas la discrecionalidad que ejercen los jueces al aplicar dichos conceptos es débil, porque está sometida a los parámetros conceptuales que establece el texto fundamental, y así ella “no es más alarmante que la discrecionalidad de la jurisdicción ordinaria”.¹⁶³

III. RELACIONES ENTRE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y OTRAS FUNCIONES POLITICAS

1. *El legislador ante el tribunal constitucional*

Indudablemente, por tratarse la legislación del “objeto de control [constitucional] por excelencia” y dadas las graves cuestiones políticas que implica su ejercicio (control de otro

¹⁵⁹ Dworkin, *op. cit.*, nota 129, p. 32.

¹⁶⁰ Dalla Via, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 36.

¹⁶¹ Véase *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

¹⁶² Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 653.

¹⁶³ *Supra*, cap. segundo, § IV.3; y Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, p. 65.

poder estatal, voluntad democrática mayoritaria, etc.), los problemas que el control jurisdiccional de normas legislativas son tan notables y trascendentes, que se han vuelto el paradigma del estudio de las funciones y la actividad de los tribunales constitucionales.¹⁶⁴

La jurisdicción constitucional se pensó originalmente con una función limitada y prudente, sumamente respetuosa de la majestad legislativa y de la validez de la ley; así lo muestra tanto la tradición de la *judicial review* que limitó a los tribunales a “declarar nulos todos los actos contrarios al sentido *evidente* de la Constitución”, como la kelseniana que caracterizó a los tribunales constitucionales como un simple “legislador negativo”.¹⁶⁵ Este modo de pensar, comprensible como inercia a mantener la primacía de la ley que atacó el constitucionalismo, dio lugar a un “principio de deferencia legislativa”, directiva a seguir en el control constitucional del legislador que incluso veda a los jueces la interpretación constitucional *stricto sensu* bajo el postulado de que su función “no consist[e] en *dar* significado a disposiciones oscuras, sino más bien en imponer la observancia del significado que pudiera claramente encontrarse (*to be found*) en la Constitución”.¹⁶⁶

Este principio de respeto al legislador es el origen de la presunción de constitucionalidad de la ley —también aplicable a otros actos—, expresada primeramente con el aforismo *in dubio pro legislatore*, que constituye uno de los datos de la argumentación en el proceso constitucional y consistente en la carga de demostrar “que existe una incompatibilidad insuperable entre la [ley ordinaria] y la [Constitución]”, correspondiente a la parte actora que impugna aquélla.¹⁶⁷ Es la jurisprudencia norteamericana quien ha trazado los contornos de esta presunción, sosteniéndola desde comienzos del siglo XIX con persistencia y en gran número de sus decisiones —algunas relativamente recientes—, a través de la doctrina de evitar innecesarias cuestiones constitucionales mediante el deber de optar por una alternativa interpretativa de la ley ordinaria, acorde a las normas constitucionales.¹⁶⁸

Pero los tribunales constitucionales —empezando por el supremo norteamericano— han respondido a nuevas relaciones políticas y económicas¹⁶⁹ y a la inclusión en los textos fundamentales de normas de carácter social y cláusulas generales que, en contrapartida al

¹⁶⁴ Cfr. Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 49; y Aja y González Beilfuss, *op. cit.*, nota 135, p. 263.

¹⁶⁵ Cfr. Hamilton, *op. cit.*, nota 7, núm. LXXVIII, p. 331 (énfasis añadido); y *supra*, nota 15.

¹⁶⁶ Wolfe, *op. cit.*, nota 80, pp. 3-4 (énfasis en el original del texto transcrito). “En más de una ocasión, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con la cual se aboca a considerar tales cuestiones, y declarado que en ningún caso dudoso pronunciaría que un acto legislativo es contrario a la Constitución”, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheaton) 518, 625 (1819).

¹⁶⁷ Mendonca y Guibourg, *op. cit.*, nota 8, p. 165. Véase Sánchez Gil, Rubén, “Notas sobre la argumentación en el proceso constitucional mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 306-309.

¹⁶⁸ Cfr. Rotunda, Ronald D. y John E. Nowak, *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999, vol. 5, pp. 245-249. De lo anterior sin dificultad se sigue que en realidad la Suprema Corte norteamericana fue la primera jurisdicción en realizar sistemáticamente la “interpretación conforme a la Constitución” —uno de los caballos de batalla y de las principales características del neoconstitucionalismo europeo—, la cual precisamente se basa en la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos entre otros postulados; cfr. Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, pp. 16 y 21-22; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 294; Isensee, *op. cit.*, nota 119, pp. 141-142; García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 95-96; Schuppert, Gunnar Folke, y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 56; y Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José María Lujambio), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183.

¹⁶⁹ Cfr. Wolfe, *op. cit.*, nota 80, pp. 7-8; y Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, pp. 17-18.

inicial carácter meramente defensivo de los derechos fundamentales que sólo implicaba un deber estatal de abstención, imponen al poder público el deber de actuar positivamente y realizar o promover ciertas situaciones, dando lugar así a “derechos de prestación”, cuya protección judicial exigió a los jueces salir de la pasividad en que se les había confinado y recurrir a su creatividad para tutelarlos con eficacia y mantener la supremacía constitucional frente al legislador.¹⁷⁰

La estructura jurídica actual ha suscitado el abandono de clásicos paradigmas de la función judicial,¹⁷¹ no sólo permitiendo sino orillando a los tribunales a no ser más la “boca del Constituyente” sino a poner palabras en su boca o en la del legislador, lo que constituye el “núcleo de la tensión” entre la legislación y la jurisdicción constitucional.¹⁷² Esta compleja influencia activa de la jurisdicción constitucional en el ordenamiento jurídico lo ha alejado del inocuo “legislador negativo” que originalmente fue; encontramos ejemplos notables de ello en las sentencias de tribunales constitucionales que agregan a la ley disposiciones omitidas por el legislador o sustituyen las establecidas por éste —típicas en Italia—, declaran vinculante por su propia autoridad una de las alternativas de interpretación de la ley (adecuadora o “conforme”) o bien, como sucede en Alemania, no nulifican la ley o su texto sino excluyen condicionadamente de su aplicación a una constelación de casos (declaración parcial de nulidad sin reducción del texto normativo).¹⁷³

Los tribunales ejercen en la actualidad una mayor intervención sobre los actos legislativos, ya no limitada a los “casos evidentes” sino caracterizada por la sutil y profunda apreciación de decisiones legislativas, debido a la complejidad de la vida social y al refinamiento en los actos de los órganos controlados y, por lo tanto, su papel es más bien resolver casos “difíciles” o en los que es “dudoso” el sentido de las normas fundamentales, lo cual además es una de las finalidades de su misma existencia.¹⁷⁴

2. *Controlando a Leviatán: Jurisdicción constitucional y poder ejecutivo*

Las importantes tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador ocupan muchas páginas de la literatura jurídica debido a que, al estar facultado para controlar al último aquél tiene en sus manos un poder político formidable, porque consecuentemente a través de esa función puede aunque sea indirectamente revisar los actos del poder ejecutivo.¹⁷⁵ Pero no mucho se ha dedicado al control que los tribunales constitucionales pueden ejercer sobre el

¹⁷⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 402-404; Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 110-114; Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad jurídica de los derechos sociales”, en Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-60; Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 348-349; y Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Estudios sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 99-100.

¹⁷¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2004, pp. 917-918.

¹⁷² Aja y González Beilfuss, *op. cit.*, nota 135, p. 290.

¹⁷³ Véanse Groppi, *op. cit.*, nota 115, pp. 352-359; *supra*, nota 117; y Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 264-267.

¹⁷⁴ Cfr. Wolfe, *op. cit.*, nota 80, p. 10; e *infra*, nota 197.

¹⁷⁵ “Según la sistemática (*Systematik*) de la Ley Fundamental, la competencia legislativa de la Federación marca el límite más externo para sus atribuciones administrativas [...] las competencias administrativas siguen a las facultades legislativas federales y no al revés”, BVerfGE 12, 205 (229).

poder ejecutivo del Estado, aunque en regímenes presidencialistas tenga una gran relevancia y en todo caso en el contexto globalizado de la actual sociedad mundial, estando en sus manos la dirección de relaciones internacionales.

El exorbitante crecimiento administrativo de la sociedad industrial provocó que el poder ejecutivo y sus diversos órganos secundarios posean atribuciones con amplia trascendencia en la vida social, incluso —como sucede en Francia— con facultades legislativas primarias, que han llevado a un “Estado de la Administración” cuya responsabilidad jurídica es preciso establecer y controlar.¹⁷⁶ Poca relevancia tiene aquí el control de las facultades legislativas de este poder, al cual resultan en todo aplicables las consideraciones señaladas en epígrafes anteriores respecto del control judicial legislativo; más bien, a continuación nos enfocaremos en los aspectos que nos parecen más llamativos sobre este punto.

En primer lugar, pensamos factible el ejercicio del control judicial de las facultades discrecionales constitucionales del ejecutivo, en cuanto exista un parámetro constitucional que le imponga límites o direcciones.¹⁷⁷ A semejanza de lo que ocurre con el control de la libertad de configuración legislativa igualmente discrecional aunque en una mayor medida,¹⁷⁸ el uso arbitrario de los ámbitos de apreciación del poder ejecutivo y especialmente en cuanto traigan alguna afectación a otros órganos o entidades estatales, no sólo puede sino debe ser prudentemente controlado por la jurisdicción constitucional, a efecto de lograr el objetivo esencial de la ley fundamental de regular el ejercicio del poder.¹⁷⁹

Otro aspecto de suma importancia son los llamados estados de excepción o emergencia, que “encierran una contradicción radical”: la exigencia del Estado democrático de hacer cumplir sus reglas frente a la necesidad de obliterarlas para satisfacer las urgencias —tan inimaginables— que la situación de que se trate plantee.¹⁸⁰ Sin embargo, ellos de ninguna manera ellos deberían escapar a la regulación jurídica, pues “no sólo en tiempos normales la Constitución debe dar buen resultado (*sich bewähren*), sino también en situaciones de necesidad y crisis”.¹⁸¹

Precisamente en las ocasiones de urgencia (bélicas, económicas, sociales o políticas), en las que se prueba de manera extrema la fuerza normativa de la Constitución,¹⁸² deben reforzarse los controles del ejercicio del poder ejecutivo para adecuarlos a las disposiciones que la propia ley suprema establezca para esos casos —o aun a sus principios generalísimos como el de dignidad humana—, pues nada extraño sería que el ejercicio de “facultades extraordinarias o de emergencia” otorgadas al ejecutivo, artificiosamente o no tanto, encubran

¹⁷⁶ Cfr. Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9a. ed., Madrid, Taurus, 1998, pp. 105-109; Cappelletti, *op. cit.*, nota 32, pp. 314-316; y *supra*, nota 102.

¹⁷⁷ Cfr. BVerfGE 9, 137 (147-148); Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 606-607; y “FACULTADES DISCRECIONALES. Apreciación del uso indebido de ellas en el juicio de amparo”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 38, p. 45.

¹⁷⁸ Cfr. Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 76; y Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, p. 33.

¹⁷⁹ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 89; García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 45; y Bidart Campos, *op. cit.*, nota 17, p. 158.

¹⁸⁰ Dalla Via, *op. Cit.*, nota 160, pp. 127-128.

¹⁸¹ Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 302. No debe olvidarse que tal es una situación ideal a que *debe* tender el derecho, aunque se opine que en los hechos “no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino”, como Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, FCE, 2002, p. 340.

¹⁸² Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 22.

un golpe de Estado que tenga por objeto suprimir las libertades y el régimen democráticos.¹⁸³ La función de los tribunales constitucionales en estas situaciones excepcionales no se limita a salvaguardar el orden constitucional en un aspecto meramente formal, sino también puede desplegarse a través de la resuelta tutela de los derechos fundamentales (en especial contra acciones como la tortura, detenciones arbitrarias, etc.), contribuyendo tanto a la defensa de la Constitución y de los derechos de las personas como a la legitimidad¹⁸⁴ de la actuación estatal en tales escenarios.¹⁸⁵

3. *Jurisdicciones constitucional y ordinaria*

No dejan de ser importantes las relaciones que pueden existir según cada sistema constitucional¹⁸⁶ entre tribunales constitucionales y ordinarios —y también con los constitucionales de carácter regional—, máxime cuando aquéllos pueden ejercer control sobre las decisiones tomadas por éstos y no se encuentran limitados a ejercer atribuciones “consultivas” a través de resolver cuestiones prejudiciales.

Es claro que la jurisdicción constitucional no es una instancia de “super-revisión” de la legalidad ordinaria y que su función consiste en revisar la observancia por parte de los tribunales ordinarios, de los límites establecidos por la ley fundamental, de lo cual generalmente están apercibidos los tribunales constitucionales y normalmente no ocasionar mayores problemas;¹⁸⁷ pero ello no implica que puedan existir aun conflictos cuyo eje sea precisamente la supuesta usurpación de funciones jurisdiccionales ordinarias por parte de la constitucional, ante la oscura existencia de un claro parámetro constitucional,¹⁸⁸ lo que

¹⁸³ Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 177, pp. 230-242; CIDH, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, OC-8/87, 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, § 24; *United States v. Robel*, 389 U.S. 258, 263-268 (1967); y *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283, 300 (1944).

¹⁸⁴ Recordamos sobre este tema, el ejemplo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala cuando en 1993, ante el golpe de estado del presidente Serrano Elías, declaró la ilicitud de esa ruptura del orden constitucional. Véase García Laguardia, Jorge Mario, “Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado de Guatemala en 1993”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 18-20.

¹⁸⁵ *Cfr.* Ackerman, Bruce, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006, pp. 101 y ss.

¹⁸⁶ La excepción en cuanto a estas relaciones es Francia, salvo excepcionalmente en materia electoral en la que el Consejo Constitucional se erige en tribunal de apelación, como señalamos antes. Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 23.

¹⁸⁷ Véanse BVerfGE 3, 225 (246-247); 4, 1 (6-7); 18, 85 (92); 42, 64 (74); y 74, 102 (127). Pero este límite no es tan sencillo como tradicionalmente se le ha visto: a la jurisdicción constitucional le compete examinar si la ordinaria “apreció como corresponde el alcance y fuerza de los efectos de los derechos fundamentales”, o sea “solamente enjuiciar el indicado ‘efecto de irradiación’ de los derechos fundamentales en el derecho civil [o el que se quiera] y también hacer valer aquí el contenido axiológico (*Wertgehalt*) de los enunciados constitucionales” (*idem* 7, 198 [207])

¹⁸⁸ *Cfr.* Marín, *op. cit.*, nota 64, pp. 117-118; y Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 28-30. En México es significativa la problemática que origina sobre el federalismo, el control de legalidad de actos judiciales a través del juicio de amparo; véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 145-150; Carranco Zúñiga, *op. cit.*, nota 2, pp. 410-425; Solorio Ramírez, Daniel, “Para una nueva Ley de Amparo, cuatro propuestas”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año VI, núm. 63, septiembre de 2000, pp. 42-43; y Fix-Zamudio, Héctor, “Relaciones entre los tribunales locales y los federales en el ordenamiento jurídico mexicano”, en Hernández, Antonio María, y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 147-154.

igualmente puede ocurrir sobre el ámbito interpretativo discrecional que las autoridades locales pueden tener sobre su derecho constitucional regional.¹⁸⁹

Es evidente que, para establecer si se conforman a la Constitución una norma jurídica aplicada en un proceso judicial o el acto de su aplicación, se requiere inevitablemente interpretar las disposiciones ordinarias además de las constitucionales.¹⁹⁰ Es en este aspecto en el cual puede existir una importante injerencia de la jurisdicción constitucional en las funciones interpretativas de los tribunales ordinarios: primeramente valorando si su interpretación jurídica es correctamente realizada de conformidad con la Constitución, y en segundo término controlando la interpretación de la ley fundamental que elaboren tanto como parámetro en dicha “interpretación conforme” como para su aplicación directa en la actividad procesal en general.¹⁹¹

Pero no solamente a través de una resolución directamente vinculante, puede la jurisdicción constitucional influir en la actividad de la ordinaria. La jurisprudencia constitucional cumpliría una función orientadora de la práctica judicial común en dos aspectos: a través de la mayor o menor amplitud que conceda a los derechos fundamentales relativos a la tutela judicial efectiva¹⁹² y desarrollando con carácter “ejemplar” y “pedagógico” paradigmas constitucionales de aplicación jurídica.¹⁹³

En resumen, a la jurisdicción constitucional no corresponde ser una instancia de casación que revise la actuación de los tribunales ordinarios, pero bien puede controlar su actuación, no sólo procesal sino también en relación con la interpretación de las leyes sustantivas, cuando entra en juego un parámetro constitucional como el respeto a los derechos fundamentales o la prohibición de arbitrariedad; ello puede tener como consecuencia en virtud de la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales constitucionales, que los ordinarios se vinculen a la metodología interpretativa que postulen aquéllos quienes de tal modo tendrían una notable influencia en la actividad de los últimos.¹⁹⁴

4. Conflictos orgánicos y regionales

Las diferencias entre los órganos de poder estatales respecto de los límites de sus atribuciones y su ejercicio, se habían considerado como conflictos sin perfiles jurídicos, cuya solución correspondía en realidad a la acción política entendida como procedimiento para celebrar acuerdos y compromisos en torno a dichos temas. Del reconocimiento de la naturaleza jurídica de la Constitución y su finalidad esencial de regir el ejercicio del poder público que confiere a los diversos órganos del Estado, no puede sino seguirse que resolver

¹⁸⁹ Cfr. Sander, Volker, “Die Kompetenz des BVerfG zur Auslegung von Landesverfassungsrecht”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Múnich/Fránkfort del Meno, C.H. Beck, año 21, núm. 21, 2002, p. 47.

¹⁹⁰ Marín, *op. cit.*, nota 64, pp. 84-85.

¹⁹¹ Cfr. *ibidem*, p. 117; Pawlowski, Hans-Martin, “Die Justiz als Verfassungsgerichtsbarkeit?”, *Juristen Zeitung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), año 59, núm. 14, 16 de julio de 2004, p. 725; y BVerfGE 7, 198 (209).

¹⁹² Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 29.

¹⁹³ Cfr. Schuppert y Bumke, *op. cit.*, nota 168, pp. 50 y 55-56; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 129, pp. 91-92.

¹⁹⁴ Bleckmann, Albert, “Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Fránkfort del Meno, C.H. Beck, núm. 10, 2002, p. 942. Véanse BVerfGE 40, 88 (94); y 80, 124 (136).

tales conflictos competenciales, *debe* hacerse únicamente de acuerdo con los “derechos y obligaciones” que la Constitución establece para esas entidades.¹⁹⁵

Dichos conflictos orgánicos, que pueden referirse a actos concretos y a normas generales, atento a que sus protagonistas son del círculo constitucional más elemental y referirse al alcance que la Constitución establece respecto de la extensión de su competencia y de las relaciones jurídicas que la ley fundamental funda entre ellos, también han sido llamados en Alemania “controversias constitucionales (*Verfassungsstreitigkeit*)” aunque esta denominación es ya algo arcaica.¹⁹⁶ Estas desavenencias son *litigios* a resolverse por la *interpretación* judicial de las disposiciones fundamentales relativas a las atribuciones de los órganos superiores del Estado que, por otra parte, es factible que surjan precisamente acerca de la interpretación que (supuestamente) debe darse a los preceptos de la ley suprema;¹⁹⁷ con ello, como puede verse, adquiere la jurisdicción constitucional una trascendencia incalculable sobre las esferas de actuación de los poderes estatales, por la “flexibilidad” que puede imponerles.¹⁹⁸

Para definir las de un modo aplicable a cualquier sistema constitucional y forma de Estado, según las esbozamos en las anteriores líneas, pueden tenerse las controversias constitucionales como litigios relativos a la interpretación y/o aplicación de normas fundamentales, cuyas partes son órganos con poder público, originariamente establecidos en la Constitución. Ahora bien, deben distinguirse dos especies de estos conflictos: 1) aquellos atinentes a la distribución de competencias entre diferentes órdenes normativos (propio de Estados federales) o de organización regional del Estado (a nuestro juicio un concepto más amplio), que Pestalozza denomina —no muy felizmente¹⁹⁹— “vertical”; y 2) los que se dan entre órganos pertenecientes a un mismo orden de poder, que el mismo autor llama “horizontal”.²⁰⁰

¹⁹⁵ Cfr. Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, p. 5; Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 282; y Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 56-57. La insistencia de la doctrina alemana sobre los “derechos y obligaciones” constitucionales de los órganos estatales, se debe al texto de los artículos 93 de la *Grundgesetz* y 13.5 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que otorgan a éste competencia para decidir sobre “[l]a interpretación de [la] Ley Fundamental en ocasión de controversias sobre el alcance de *los derechos y las obligaciones* de un órgano federal supremo” (cursivas añadidas).

¹⁹⁶ Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 57-59 y 66-67; y arts. 63 y 67 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. “Sólo puede hablarse de una controversia constitucional (*Verfassungsstreit*) en sentido preciso, si los participantes se sitúan conjuntamente en una relación jurídica de derecho constitucional, de la cual resulten derechos y obligaciones que tienen que observar recíprocamente y que se ha tornado conflictiva entre ellos”, BVerfGE 2, 143 (152). El término ya lo usaba Schmitt (1928) para quien “no cualquier litigio de partes interesadas (*Interessenten*) a causa de cualquier violación de una disposición de la ley fundamental (*verfassungsgesetzlichen Bestimmung*) es una controversia constitucional propiamente o, como dice Haenel (p. 567), ‘en el sentido eminente’ de la palabra”; *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. 112 (cursivas en el original).

¹⁹⁷ Las controversias sobre el alcance de las disposiciones constitucionales es la “versión tradicional, más bien inquietante (*eher ängstliche*)”, de los litigios orgánicos (Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 59); resulta también llamativo que el art. 93 de la Ley Fundamental alemana, para establecer las atribuciones de la jurisdicción constitucional federal, hable de “discrepancias de opinión (*Meinungsverschiedenheit*)”. Véanse *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803); BVerfGE 6, 309 (323 y 328); y Kelsen, *op. cit.*, nota 15, p. 23.

¹⁹⁸ Cfr. Serna de la Garza, José María, “Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas”, en Hernández, Antonio María, y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 312.

¹⁹⁹ No obstante la lapidaria expresión del artículo 31 de la Ley Fundamental (“El derecho federal vence [*brechen*] al local”), el verdadero centro de gravedad del federalismo alemán —al que dicho autor se refiere— es la distribución constitucional de competencias (respectivamente, expresas y residuales) entre la Federación y los *Länder*, que debe respetarse para que el derecho federal sea válido y prevalente; en tal sentido, el orden federal alemán no es “superior” al local, partiendo de una interpretación sistemática de esa disposición con los artículos 28.1, 30, 70 y otros de la misma Constitución, que el el único ordenamiento al que están vinculadas las entidades

Esta última evidentemente garantiza el cumplimiento del principio de “división del poder” —para usar la precisa nomenclatura de Guastini— que limita la autoridad de los órganos estatales y por lo tanto es un rasgo esencial de las Constituciones democráticas; que resulta entonces una *función esencial de la jurisdicción constitucional como salvaguarda contra la transgresión de las normas fundamentales y la inserta como check and balance de los demás órganos constitucionales*.²⁰¹

“Pero es ciertamente en el Estado federal en que la jurisdicción constitucional adquiere la más grande importancia”, como garante de la descentralización y márgenes de actuación de sus Estados federados, que forman parte esencial de su ley fundamental, cuya regulación se agrega a todas las funciones que generalmente tiene la Constitución, haciendo más compleja la actividad estatal.²⁰²

En una federación, la jurisdicción constitucional viene a ser esencial porque asegura y controla la tensión inmanente entre la unidad y la diversidad paradójicamente amalgamadas en ella, contribuyendo a la coordinación de su mutua cooperación y manteniendo la observancia de las reglas de distribución competencial entre la entidad federal y sus integrantes, en el marco de los principios democrático y de igualdad,²⁰³ a los cuales se suma el principio de “lealtad federal (*Bundestreue*)” de cuño alemán.²⁰⁴ Idéntica importancia tiene la jurisdicción constitucional como árbitro en los conflictos entre entidades políticas, aun en aquellos Estados que aun sin tener la forma federal poseen una diversidad política regional garantizada constitucionalmente, como es el caso español.²⁰⁵

IV. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Naturaleza de la función jurisdiccional

En principio pueden establecerse ciertos límites “jurídico-funcionales (*funktionell-rechtlichen*)” a la jurisdicción constitucional, derivados del propio sistema fundamental en que se inserta, los cuales parten de diversos *principios constitucionales*: 1) la naturaleza jurisdiccional de los tribunales constitucionales; 2) la división del poder; y 3) el democrático.²⁰⁶ En este epígrafe hablaremos del primero de dichos límites, distinguiéndolo de

federativas alemanas. Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 116; März, Wolfgang, *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, pp. 97 y 119; y BVerfGE 6, 309 (354 y 364); 10, 354 (371); 12, 205 (228-229); 36, 342 (362); y 63, 1 (37).

²⁰⁰ García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 149; y Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, pp. 3-6.

²⁰¹ Cfr. Guastini, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?” (trad. de María Bono López), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 66; Kelsen, *op. cit.*, nota 1, p. 55; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 150 y 191; y Orozco Henríquez, José de Jesús, “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 295-317. pp. 306-307.

²⁰² Kelsen, *op. cit.*, nota 1, pp. 100-102.

²⁰³ Véanse Benda, Ernst, “Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Probleme des Föderalismus*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, pp. 75 y ss; Pestalozza, *op. cit.*, nota 22, p. 4; y Kelsen, *op. cit.*, nota 1, p. 105.

²⁰⁴ Este principio de “importancia fundamental”, tácito y “descubierto” por interpretación judicial, tanto al *Bund* como a los *Länder* impone la obligación de mantener entre sí una “relación de afabilidad federal (*bundesfreundliche Verhältnis*)”, que exige su cooperación, colaboración y recíproca consideración. Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 22, pp. 116-118; BVerfGE 6, 309 (361-362), y 12, 205 (254-255).

²⁰⁵ Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, pp. 150-151. Véanse SSTC 4/1981, F.J. 3; 36/1981, F.J. 4; 18/1982, F.J. 1; 76/1983, FF.JJ. 3-4; y 99/1986, F.J. 9.

²⁰⁶ Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 342-344.

los otros porque puede tratarse sin mayor referencia a la interpretación constitucional que sí tiene una inmediata relación con los últimos, pues su definición precisa como restricción a la jurisdicción constitucional, finalmente deriva de la atribución de significado a las disposiciones que los imponen.

La función jurisdiccional²⁰⁷ de los tribunales constitucionales —como la de cualquier otro— tiene por objeto la *solución de controversias* y tal es su característica esencial.²⁰⁸ Por consiguiente, su misma naturaleza limita el ejercicio de sus atribuciones de control al condicionarlo a la existencia de un conflicto de intereses constitucionalmente relevante y a que una de las partes interesadas en él inste al órgano judicial a resolverlo.²⁰⁹

Para la solución judicial de un litigio se precisa que ella sea requerida al tribunal correspondiente, mediante una adecuada instancia procesal (demanda) que satisfaga ciertos requisitos de procedencia y de legitimación del actor; por ello, un tribunal no debe tomar conocimiento oficiosamente de un supuesto conflicto de intereses, sustituyendo por su propio acto al que toca realizar a una de sus partes para inconformarse contra una situación que le produzca lesión o agravio, poniendo de manifiesto a través de su demanda la existencia de dicho conflicto. En esta última hipótesis en realidad no habría controversia a resolver y que justificare la intervención judicial dado que, al no haber realizado la parte interesada dicha instancia, nos encontraríamos frente al género autocompositivo de “renuncia” —aun implícita—, o sea ante la misma *inexistencia de un litigio*.²¹⁰

La existencia de una controversia y de la instancia de una de sus partes para que sea resuelta, comprende también un límite aun más detallado para la actividad judicial *in genere* y de la constitucional en particular: el tribunal puede ejercer su función únicamente sobre la materia precisamente reclamada en en la promoción correspondiente. Lo anterior es una necesidad impuesta por las necesidades argumentativas del proceso para la efectiva contradicción entre las partes:²¹¹ es preciso ubicar el litigio para que éstas puedan ejercer sus derechos procesales, y hecho lo anterior sobre él versará la jurisdicción del tribunal.

Los hechos constitutivos del litigio que se plantea a la jurisdicción constitucional —que considerados ampliamente incluirían las cuestiones jurídicas a resolver en el caso—, además de ser determinantes de la interpretación constitucional que se aplicará para resolverlo,²¹² son

²⁰⁷ Nos referimos a la jurisdicción constitucional en el sentido más estricto y entendiéndola funcional, no orgánicamente. Como vimos, algunos tribunales constitucionales no sólo resuelven litigios acerca de “derechos y obligaciones” constitucionales, sino actúan también en materias como la electoral, por ejemplo, que por importantes que sean no dejan de ser de carácter “ordinario”, mejor dicho atinentes a materias diversas a la estrictamente constitucional, o bien tienen otras funciones no jurisdiccionales. Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 29, pp. 824-825; y Gómez Lara, *loc. cit.*, nota 20.

²⁰⁸ *Supra*, nota 22.

²⁰⁹ Véanse *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 95-101 (1968); y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 634, n. 7 —comentando la procedencia del control judicial según la existencia de una controversia, en relación al “veto de renglón” presupuestal (*line item veto*) y según las diferentes resoluciones en los casos *Raines v. Byrd* (521 U.S. 811 [1997]) y *Clinton v. City of New York* (524 U.S. 417 [1998])—; y *supra*, nota 86.

²¹⁰ Véanse Gómez Lara, *op. cit.*, nota 20, pp. 3, 26 y 152; y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 79-80.

²¹¹ Véanse González Pérez, *op. cit.*, nota 192, p. 210; y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 167, pp. 302-304.

²¹² Los hechos del litigio, como antes señalamos, son relevantísimos para la interpretación jurídica; en materia constitucional no lo son menos. Es conocida la distinción alemana entre controles “abstracto” y “concreto” de normas generales; el primero no da lugar a una simple interpretación constitucional “*text-oriented*” sino se refiere el examen constitucional de una específica disposición normativa distinguible de otras análogas; mientras en el segundo tipo de control se agregan como elementos discursivos, particularidades fácticas y normativas del contexto de aplicación de la norma general ordinaria enjuiciada, siendo entonces “*facts-oriented*”

también un límite a la amplitud con que aquélla ejercerá su competencia, porque concretizan la “cuestión práctica efectivamente existente” a resolver mediante el debate procesal que culminará con su decisión.²¹³ Ahora bien, sólo a través de su reclamación en la demanda correspondiente puede hacerse explícita ante un tribunal la existencia de un litigio sobre la constitucionalidad de un acto, iniciándose de esa manera la definición del problema que deberá resolver y que se produce por la oposición de intereses de las partes;²¹⁴ si, contrariamente, un acto de poder no se reclama al órgano jurisdiccional en esa instancia procesal, el tribunal no deberá ejercer jurisdicción a su respecto aunque se relacione con otro acto que sí fue impugnado —a menos que derive de éste—, ante la ausencia de conflicto a resolver sobre aquél y que sería determinante del ejercicio de su función.

Para lo que acabamos de exponer, es necesario distinguir entre el objeto del litigio constitucional y los motivos de la inconstitucionalidad que adolecería. El objeto de cualquier acción constitucional es determinar si un acto —generalmente de un órgano estatal— es conforme o no con la ley fundamental, para declarar su validez o nulidad según el caso, análogamente a lo que acontece en el proceso administrativo,²¹⁵ y en torno de este *conflicto esencial* se desarrolla la argumentación de las partes y decide tribunal; pero una u otra posibilidad de definición, en cambio, puede darse inclusive por razones que las partes no hayan expuesto. Aun suponiendo que el sistema procesal de que se trate permita a los tribunales constitucionales resolver con “plenitud de jurisdicción”,²¹⁶ entendiéndola como la posibilidad de fundar su decisión en argumentos que no le fueron aportados por las partes, ello de todos modos no les autorizaría a llevar su jurisdicción fuera del conflicto que las partes establecieron respecto la constitucionalidad de un determinado acto, extendiéndola a objetos ajenos a este último y ocupándose de un litigio en realidad inexistente sobre un acto cuya constitucionalidad, al menos ante él, no ha sido disputada.

2. Sistema constitucional: división del poder y democracia

La división del poder constitucionalmente establecida funge como un límite de la actuación de los tribunales constitucionales, que *grosso modo* les prohíbe sustituir a otros poderes en su función de dirección social; esencialmente, comparten esta objeción con la justicia administrativa.²¹⁷

Por su propia naturaleza jurisdiccional, no corresponde a los tribunales constitucionales revisar la corrección de las decisiones de los órganos sometidos a su jurisdicción, según criterios materiales de oportunidad, conveniencia o “sabiduría” —típicamente “políticos”— a

la interpretación constitucional que en él se da. Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 282; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 85; Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 79; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 634; y *supra*, cap. primero, § V.4.C.

²¹³ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 254.

²¹⁴ Cfr. Plantin, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 34-35.

²¹⁵ Cfr. Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 76, n. 149; García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 620-622 y 626-627.

²¹⁶ De acuerdo con normas que regulen la argumentación del proceso. Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 195-197.

²¹⁷ Véanse Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 446-448; y García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 215, pp. 576-577.

manera de un superior jerárquico,²¹⁸ especialmente si fueron tomadas *dentro de sus márgenes constitucionales de competencia* que les otorga la Constitución para elegir fines a realizar, medios para lograrlos y ponderación entre diversos bienes jurídicos;²¹⁹ su labor consiste exclusivamente en decidir sobre la validez de un acto según esté prohibido o permitido por la ley fundamental, determinando *si transgredieron los límites (explícitos o implícitos) de actuación que les impone la Constitución*.²²⁰

En lo anterior precisamente radica la esencia del control constitucional judicial: en el poder que otorga a los tribunales para revisar las decisiones de órganos políticos, pero sólo en tanto exista un *parámetro constitucional* para ello que, al ser establecido, debe aplicar el tribunal constitucional en su decisión y necesariamente sancionar el acto que lo contravenga, declarando su nulidad.²²¹ La jurisdicción constitucional se inserta en el sistema político fundamental con una función muy diferente a las que tocan a otros órganos: la solución de controversias relativas al cumplimiento de la Constitución; de ahí que sea indiscutible que no toca a los tribunales constitucionales ejercer labores de legislación o de política ejecutiva, pero su función de control puede llevarlos a incidir tan profundamente en el examen de los actos de otros poderes, que podría llegar a remplazar la actividad de éstos, aunque sea limitándose a los casos concretos que le sean sometidos.

Pero, además, dicho parámetro constitucional en ningún momento puede ser tan estrecho que llegue a nulificar las funciones de dirección y elección políticas del órgano controlado por él, “que la [misma] Constitución no sólo *no proscrib*e, sino que *habilita y responsabiliza*”.²²² Precisamente una de las funciones de la jurisdicción constitucional en el orden democrático de la Constitución, es mantener la apertura y flexibilidad del mismo en sus aspectos relativos al imperio de la decisión mayoritaria y a la lealtad a la misma, su adopción a través de representantes populares directos y la abierta y plural discusión política, todo ello dentro del marco constitucional y especialmente de los derechos fundamentales.²²³ Lo anterior adquiere máxima relevancia tratándose del control de órganos legislativos y en Estados federales o con

²¹⁸ En este sentido se ha pronunciado en varias ocasiones la jurisprudencia norteamericana; véase *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 319-322 (1993).

²¹⁹ Véase Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57 y ss.

²²⁰ Cfr. Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 344-345; García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 200; Badura, Peter, “Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 183; Marín, *op. cit.*, nota 64, p. 94-96; Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 278; e Isensee, *op. cit.*, nota 119, p. 149. En la jurisprudencia: BVerfGE 1, 97 (100-101), 2, 143 (181), 4, 31 (40), 68, 1 (97), y 15, 337 (350); SSTC 5/1981, F.J. 6, y 53/1985, F.J. 12; *Adkins v. Children’s Hospital of District of Columbia*, 261 U.S. 525, 544 (1923), *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 62-63 y 68 (1936), *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 555 (1949).

²²¹ Cfr. Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, pp. 112-113; Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 242; Benda y Klein, *op. cit.*, nota 36, pp. 9-10; Aja y González Beilfuss, *op. cit.*, nota 135, pp. 272-273; Aragón, *op. cit.*, nota 178, pp. 27-28 y 55; BVerfGE 9, 334 (337).

²²² Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 215, p. 577 (cursivas añadidas al texto transcrito). Véanse BVerfGE 3, 225 (247-248); 4, 157 (168-170); y 62, 1.

²²³ Cfr. Chryssogonos, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, p. 74; Böckenförde, *op. cit.*, nota 152, p. 938; y Hesse, *op. cit.*, nota 22, pp. 63 y ss.

divisiones regionales del poder —a los que *mutatis mutandi* puede aplicarse lo dicho para aquéllos—. ²²⁴

La ley fundamental atribuye a los órganos legislativos cuya actividad representa la formación de la voluntad política mayoritaria, y al poder ejecutivo, un importante margen discrecional de actuación en el cual, seleccione la que mejor le parezca de entre las múltiples opciones de dirección política. ²²⁵ Precisamente por garantizar las normas constitucionales este ámbito de elección democrática a través de la gran apertura de sus disposiciones, que permiten incluir en ellas “opciones políticas de muy diferente signo”, la jurisdicción constitucional no está llamada a pronunciarse sobre “el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan” y que ha establecido el legislador democrático, sino sobre “la calificación de [su] inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos”. ²²⁶

De este respeto a la voluntad democrática expresada en los actos del legislador y aun a las facultades constitucionales de elección política de otros órganos, resultan diversos principios argumentativos aplicables a la función jurisdiccional constitucional que, aunque aparentemente invaden tareas de los órganos controlados, buscan mantener la existencia de sus actos y declarar su inconstitucionalidad sólo cuando ésta sea insalvable e indudablemente transgreda los límites constitucionales. ²²⁷ Entre ellos encontramos los relativos o inherentes a la presunción de constitucionalidad de los actos reclamados, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y el tipo italiano de sentencia aditivas por principio. ²²⁸

En apariencia, los límites que imponen la división del poder y el principio democrático a la función jurisdiccional constitucional, no son precisos o del todo infranqueables para los tribunales constitucionales que, a través de su interpretación de las disposiciones de la ley fundamental que los prevén, establecen los mayores o menores alcances que tendrán, con lo que podría decirse que dichos límites no son tales ya que se encuentran en las mismas manos del órgano que pretenden restringir. Por eso se ha dicho que dichos límites en realidad no son suficientes para controlar el ejercicio de la jurisdicción constitucional y ni siquiera aportan

²²⁴ “Cuando la Corte desatiende la intención expresa y la concepción de los constituyentes, ha invadido el ámbito del proceso político al cual se encomienda el poder de reforma (*amending power*) y ha violado la estructura constitucional cuya protección es su más elevado deber”, *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 203 (1970) (J. Harlan, concurrente y disidente).

²²⁵ Véase BVerfGE 93, 37 (73-74). “Es hostil a un sistema democrático involucrar a la judicatura en la política del pueblo. Y no es menos pernicioso si esa intervención judicial en una competencia esencialmente política se vista (*to dress up*) con las frases abstractas de la ley.- [...] Si el Congreso falló al ejercer sus poderes, ofendiendo criterios de justicia (*fairness*), el remedio en última instancia lo tiene el pueblo. [...] La judicatura no puede entrar a un aspecto del gobierno del cual, en vista de lo que implica, la ha excluido la clara intención constitucional [...].- La Constitución ha dejado la realización de diversos deberes en nuestro esquema gubernamental, en la fidelidad de la acción del ejecutivo y la del legislativo y, finalmente, en la vigilancia del pueblo al ejercer sus derechos políticos”, *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549, 553-556 (1946).

²²⁶ STC 11/1981, F.J. 7.

²²⁷ Cfr. Schlaich, *op. cit.*, nota 37, pp. 346-347; Böckenförde, *op. cit.*, nota 152, p. 946; y Canosa Usera, *op. cit.*, nota 170, p. 259. “Esta restricción a la función judicial en la aprobación de la constitucionalidad de las leyes, no es artificial o irracional. Una legislatura estatal, en la formulación de leyes, tiene la más amplia latitud posible dentro de los límites de la Constitución. [...] Sólo por la fiel adhesión a este principio directivo del control judicial de la legislación, es posible preservar a la rama legislativa su correcta independencia y su habilidad para funcionar”, *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495, 510 (1937) (cursivas añadidas); véase también *Mathews v. De Castro*, 429 U.S. 181, 185 (1976).

²²⁸ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 129, pp. 99-100; y Celotto, *op. cit.*, nota 108, pp. 94-95.

algún elemento para resolver “verdaderas cuestiones de interpretación”, y resultan insuficientes y aun poseer una estructura “circular”.²²⁹

En términos generales, y no sólo respecto de los aludidos principios sino también respecto a su naturaleza orgánica y al catálogo de asuntos de su competencia, la inquietud anterior es fundada: las restricciones políticas de la jurisdicción constitucional se identifican con los alcances de las normas constitucionales que la misma establece a través de su interpretación, con todos los problemas que ello implica,²³⁰ es entonces el control de la racionalidad de la interpretación de los tribunales constitucionales, el verdadero límite que puede ponerse a su actuación.

Esta objeción cobra una máxima fuerza cuando la actuación de la jurisdicción constitucional se insta ante la falta de acuerdos entre las diversas fuerzas políticas y desemboca en la llamada “judicialización de la política”, como ha sucedido en México ante la ríspida transición democrática de los últimos años. Pero, sobre todo dentro de un “constitucionalismo moderado” como el que anteriormente esbozamos, que impone también el principio democrático como límite a los tribunales constitucionales, la decisión de cuestiones netamente políticas por estos órganos jurisdiccionales es más bien una deficiencia de las relaciones entre los actores políticos primarios que un defecto reprochable a los jueces.²³¹

3. *Las “cuestiones políticas” y su examen judicial*

Desde *Marbury v. Madison*²³² fue habitual afirmar que el examen judicial no puede realizarse sobre decisiones relativas a las llamadas “cuestiones políticas”, al pertenecer éstas al ámbito exclusivo de decisión de algún otro poder por tratarse de funciones de dirección de la vida estatal y social, que se otorgan al arbitrio de órganos de representación popular directa de acuerdo con “la separación de poderes dispuesta por la Constitución”.²³³ Esta doctrina es consecuencia de una primigenia concepción jurisdiccional y del principio de división del poder que privó a los tribunales de conocer de asuntos con “trascendencia política”, al verlos únicamente con las funciones de dirimir litigios entre particulares e imponer sanciones penales; a dicha concepción no se aviene fácilmente la idea de una justicia constitucional —lo que explica la creación de esta doctrina en el ámbito norteamericano—, que como veremos ya no tiene gran relevancia para el juicio constitucional.²³⁴

La jurisprudencia norteamericana ha elaborado a lo largo de su historia un catálogo de “cuestiones políticas injustificables”, que comprende asuntos que involucran:

²²⁹ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich/Francia del Meno, C.H. Beck, año 29, núm. 46, 16 de noviembre de 1976, p. 2096.

²³⁰ Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 350; Benda y Klein, *op. cit.*, nota 36, p. 12; y Chryssogonos, *op. cit.*, nota 223, p. 169.

²³¹ *Cfr.* Cruz, *op. cit.*, nota 169, p. 24; e Inclán Oseguera, Silvia, “De las implicaciones de la reforma judicial mexicana de 1994 y del ¿cómo estimarlas?”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, pp. 242-243.

²³² “...el Presidente está investido con ciertos poderes políticos importantes, en cuyo ejercicio debe usar su propia discreción y sólo debe rendir cuentas a su país, en su carácter político, y a su propia conciencia. [...] y sin importar la opinión que se tenga sobre la manera en que puede usarse la discreción ejecutiva, no existe ni puede existir poder para controlarla”, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 165-166 (1803).

²³³ *Cfr.* *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486, 516-517 (1969).

²³⁴ *Cfr.* Montero Aroca, Juan, *et al.*, *op. cit.*, nota 130, pp. 38-39.

[1] un compromiso (*commitment*) constitucional, demostrable textualmente, del tema a un departamento político coordinado; [2] o la ausencia de parámetros susceptibles de descubrimiento y manejo judiciales para su solución; [3] o la imposibilidad de decidir sin una determinación inicial política (*initial policy determination*), de un tipo claramente ajeno a la discreción judicial; [4] o la imposibilidad judicial de emprender su resolución independiente, sin expresar falta del respeto debido a las ramas coordinadas del gobierno; [5] o una necesidad inusual de adhesión incuestionable a una decisión política ya tomada; [6] o el potencial enredo por múltiples pronunciamientos de varios departamentos sobre una cuestión.²³⁵

Como fácilmente se aprecia de la anterior relación, la existencia de una *political question* y del límite de la posibilidad de examen jurisdiccional que se dice implica, a fin de cuentas se establece por la interpretación y concepción²³⁶ del tribunal constitucional sobre las disposiciones de la ley fundamental, así como a la determinación de conductas que permiten o prohíben a través de ese procedimiento,²³⁷ a algo diferente al sentido y a los alcances de estos preceptos no pueden referirse conceptos como “parámetro constitucional” o “debido respeto a ramas de gobierno”. De este modo, el problema último con las cuestiones políticas no es determinarlas e indagar si la jurisdicción constitucional debe o no examinarlas,²³⁸ sino en establecer si ésta debe realizar una *interpretación constitucional que le permita controlarlas*.

Frente a “claros” límites constitucionales, difícilmente se daría alguna polémica respecto de la competencia jurisdiccional para controlar los actos de órganos políticos como el legislador y el ejecutivo; la discrepancia se suscita precisamente frente a casos en que las disposiciones constitucionales darían lugar a diferentes opciones interpretativas entre las cuales el operador judicial escogería y que dan lugar a diferentes intensidades de revisión, planteándose así el dilema entre una interpretación judicial “pasiva” que reserve un margen de actuación al órgano controlado y otra “activa” que procure un mayor ámbito de control sobre éste y la consiguiente reducción de sus posibilidades de acción.

En principio²³⁹ y situándonos en un plano lógico-jurídico, no existen cuestiones políticas jurídicamente irrelevantes, que carezcan absolutamente de un parámetro de control constitucional, partiendo de que “siempre es posible la solución de las situaciones jurídicas planteadas, [con fundamento] en última instancia en el principio de que la conducta no prohibida está permitida”.²⁴⁰ Sostener que un determinado acto se realiza en ejercicio de la

²³⁵ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962).

²³⁶ Que sería “un entendimiento sistemáticamente orientado sobre el carácter general, la dirección teleológica (*Zielrichtung*) normativa y el alcance inherente de [la Constitución]”, que determina el modo de ver sus disposiciones y, por consiguiente, el resultado de su interpretación; *cfr.* Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 27, núm. 35, 28 de agosto de 1974, p. 1530. Tal sería el caso de una doctrina liberal de la interpretación constitucional que, como “determinación inicial política”, ocasione la expansión de los derechos fundamentales para enfrentarlos por ejemplo a una *political question*; véase Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 262.

²³⁷ *Cfr. supra*, nota 230.

²³⁸ Aun la misma determinación de la existencia de *political questions* es “un instrumento político de la más alta importancia”. Benda y Klein, *op. cit.*, nota 36, p. 10.

²³⁹ Según las particularidades de cada sistema que, por ejemplo, hagan improcedente el examen constitucional sobre “cuestiones políticas” históricamente relevantes, como en México aconteció con la materia electoral.

²⁴⁰ Pérez Carrillo, Agustín, “La interpretación constitucional”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 86. Aunque más aceptados por su precisión, los conceptos deónticos de Von Wright (permisión, prohibición y obligación), se pueden reducir según el contexto a los elementales de la lógica jurídica de García Máynez (permisión y

discrecionalidad política constitucionalmente otorgada, implica reconocer su licitud para la Constitución simplemente por no proscribirlo sus normas; llegar a este resultado no veda sino exige el análisis judicial y su necesaria interpretación constitucional, de ahí que la existencia de una cuestión política, no sea una restricción competencial para los tribunales constitucionales.

Finalmente, en un intento para justificar que las cuestiones políticas no sean objeto de examen judicial, podría aducirse la falta de aptitud judicial para emitir juicios sobre la oportunidad y conveniencia que realizan otros órganos en su gestión de la *res publica*.²⁴¹ Esta objeción es tramposa en cuanto a que el control judicial no se refiere a la ponderación sobre esos aspectos de una medida política, sino precisamente a su contraste con una norma fundamental para decidir su validez a la luz de ésta, cuestión que institucionalmente está asignada a la jurisdicción constitucional y sólo esto basta para legitimar su decisión al respecto, pero para abundar puede resaltarse que “[I]a posibilidad de error es simétrica” y tanto el tribunal como los órganos políticos pueden incurrir en errores.²⁴² Ciertamente, la ausencia de (un explícito) “perfil” y “visión” políticos atribuidas a la jurisdicción constitucional, no la hacen adecuada para resolver sobre la ordenación inmediata de la vida social, pero cabe recordar que no es ésa su función sino mantener la coherencia del sistema jurídico y político fundado en la Constitución,²⁴³ a través de la cual “desarrolla una misión democrática fundamental, para lo cual a veces está mejor preparada que los órganos legislativos”.²⁴⁴

La doctrina de las *political questions* es sólo un límite aparente a la intromisión de los tribunales constitucionales en las funciones de órganos estrictamente políticos. De hecho, deriva precisamente de las implicaciones de los principios de división del poder y democrático que, como vimos en el epígrafe anterior, limitan a la jurisdicción constitucional pero si de su interpretación constitucional no resulta algún parámetro prohibitivo del acto examinado.

4. ¿Autorrestricción o activismo judiciales?

De lo dicho hasta el momento constatamos el gran poder de los tribunales constitucionales en los Estados contemporáneos, resultante de la gran amplitud de los términos constitucionales que perfilan su función de controlar a otros órganos estatales y le sirven de medida en ella, a los cuales dan sentido por una interpretación referida a lo último a sus propias valoraciones y

prohibición, incluyendo la primera a la obligación ya que lo obligado se encuentra permitido); esta reducción nos parece apropiada al hablar del proceso, porque en él tiene que satisfacer el juzgador la pretensión de alguna de las partes —*tertium non datur*— y establecer cuál es lícita o ilícita, es decir si lo pretendido es permitido o prohibido; véanse García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, 3a. ed., México, Colofón, 1991, p. 206; y para un enfoque contemporáneo: Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 76-84 (hablando incluso de un cuarto concepto: la facultad).

²⁴¹ Véase Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 146-148. “Porque el tribunal carece de poder para configurar (*to shape*) medidas para tratar los problemas sociales, sino meramente tiene poder de rechazo (*negation*) sobre las medidas configuradas por otros, el requisito judicial indispensable es la humildad intelectual y ésta presupone completo desinterés”, *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 557 (1949).

²⁴² Cfr. Dworkin, *op. cit.*, nota 129, pp. 32-33; y *supra*, nota 221. Pero tratándose de los derechos fundamentales la balanza se inclina a favor del control judicial, en tanto aquéllos son “derechos de minorías” sobre los cuales no puede esperarse —sino ingenuamente— una opinión imparcial por parte de la mayoría; Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, p. 142.

²⁴³ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 129, p. 92.

²⁴⁴ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 183, n. 385.

elecciones semánticas, que los alejan de ser “simples intérpretes” y “fieles servidores” del Constituyente en un sentido tradicional.²⁴⁵

No obstante, es exagerado decir que la jurisdicción constitucional realiza su tarea absolutamente librada a su capricho,²⁴⁶ pues teniendo a su cargo establecer si un acto del poder público contraviene las prescripciones de la ley fundamental, es precisamente la *literalidad constitucional* objetivamente preestablecida el punto de partida y el límite interpretativo del que resulta el control que ejercerá, pues su finitud semántica restringue las “comprensiones plenas de sentido (*sinnvolles Verständnis*)” de una disposición jurídica.²⁴⁷ La interpretación jurisdiccional, señalamos reiteradamente, es la acción de dar significado a un texto normativo para resolver un litigio; pero dicha asignación no sería tal si la norma jurídica a que correspondiera y que se aplicara fuera una completa invención del (supuesto) intérprete y no estuviera analógicamente emparentada al texto a que se refiere.²⁴⁸ Dedicaremos el siguiente epígrafe a una exposición más detenida sobre la literalidad textual como límite de la interpretación jurídica en general, pero claro que con un enfoque particular hacia la constitucional.

El problema de los límites de la actuación de la jurisdicción constitucional y al control que ejercer sobre órganos típicamente políticos, en realidad debe darse en torno a la interpretación constitucional y aun a la de los hechos concretos materia del litigio y que pueden ser determinantes en el resultado de la primera.²⁴⁹ La cuestión, aún con mayor precisión, se reduce a lo siguiente: *¿Cuál es la interpretación preferible: la que aliente un mayor control jurisdiccional o uno menor?*

Aquí viene a cuento la doctrina de la autorrestricción judicial (*judicial self-restraint*),²⁵⁰ también desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en “una serie de reglas bajo las cuales ha evadido abocarse a (*to pass upon*) una gran parte de todas las cuestiones constitucionales elevadas a ella para su decisión”, primordialmente referidas a la constitucionalidad de leyes.²⁵¹ Esta doctrina se basa en implicaciones del principio democrático y de la naturaleza judicial: la libertad que debe darse al proceso de discusión de

²⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los problemas contemporáneos del poder judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 10-14; Favoreu, *op. cit.*, nota 12, p. 9; y Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 29.

²⁴⁶ Cfr. Canosa Usera, *op. cit.*, nota 170, p. 243.

²⁴⁷ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 30; Bleckmann, *op. cit.*, nota 194, pp. 943-944; Depenheuer, Otto, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, R.v. Decker-C.F. Müller, 1988, p. 13; García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 200; Aragón, *op. cit.*, nota 178, p. 31; Grimm, *op. cit.*, nota 130, p. 189; y Orunesu, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, p. 21.

²⁴⁸ Véase *supra*, cap. primero, § II.4.

²⁴⁹ Sobre la valoración e interpretación *sensu largissimo* de los hechos del litigio, véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 129, pp. 502-506.

²⁵⁰ “El poder de los tribunales para declarar inconstitucional una ley se sujeta a dos principios directivos de decisión que nunca deben estar ausentes de la conciencia judicial. Uno es que los tribunales sólo deben ocuparse del poder de habilitar leyes, no de su sabiduría. El otro es que, mientras la judicial restringe el ejercicio inconstitucional del poder de las ramas ejecutiva y legislativa, el único control sobre nuestro propio ejercicio de poder es nuestro propio sentido de autorrestricción”, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 78-79 (1936) (J. Stone, disidente).

²⁵¹ Entre las cuales se encuentran: 1) examinar la constitucionalidad de actos legislativos sólo como último recurso; 2) no resolver por adelantado cuestiones de derecho constitucional a menos que sea necesario para la solución de una controversia y en la medida aplicable a sus hechos concretos; 3) decidir cuestiones constitucionales sólo si le son formalmente (*by the record*) presentadas y si no puede resolverse el caso por algún otro motivo; y 4) no decidir sobre la constitucionalidad de una ley, a menos que alguna persona sea perjudicada por ella o no admita una interpretación conforme a la Constitución. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-349 (1936) (J. Brandeis, concurrente).

los representantes democráticos; el “déficit democrático” de que adolece la jurisdicción al no ser sus integrantes directamente electos por los ciudadanos y aun su ineptitud para actuar políticamente por no tener que atender directamente a los problemas sociales.²⁵²

No negamos la influencia que puede ejercer esta doctrina norteamericana pero, bien analizados, sus postulados en su mayoría corresponden a directivas *generales* impuestas por la actividad de los tribunales limitada a la solución de controversias, no a su benévola “autorrestricción”, que no ayudan mucho a “iluminar las zonas grises del derecho y la política”.²⁵³ Si el asunto sometido al tribunal no es en realidad una controversia, o ésta no se plantea respecto de la constitucionalidad de una ley, o dicha controversia puede evadirse,²⁵⁴ dejar de analizar no es en realidad autorrestricción, sino ausencia del supuesto en que el órgano judicial puede realizar sus funciones.

Al apreciarla, hay que parar mientes en que la doctrina de la autorrestricción judicial tuvo origen en un sistema de control difuso de la constitucionalidad en el que los jueces resuelven principalmente cuestiones de derecho ordinario y sólo accidentalmente las relativas al constitucional; de ahí que la aplicación de algunos de sus postulados, especialmente la evasión de conflictos constitucionales, presente algunos inconvenientes para la jurisdicción constitucional especializada y que la “prudencia” manifestada al seguir sus reglas sea incluso reprochable.^{255 y 256} Quizá por eso la doctrina de la *judicial self-restraint* no la han seguido a

²⁵² Véase *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 553-557 (1949).

²⁵³ Cfr. Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 28.

²⁵⁴ Evadir declarar inconstitucional una ley por su interpretación conforme a la Constitución, más que de un “temor reverencial” al legislador —aunque algo hay de eso— resulta de que el objeto del litigio constitucional son en realidad las *normas* derivadas del *texto legal* apartado de la voluntad subjetiva del legislador y que servirá en la aplicación jurídica, el cual admitiría diversas interpretaciones. Si el texto admitiera una sola interpretación, ésta será invalidada y por consiguiente también aquél; pero si la disposición admitiera diversas, una acorde a la Constitución y otra no, ese texto se mantendría válido por sostenerse con la primera interpretación y sólo se eliminaría del sistema jurídico a la segunda; de modo que siendo posible dar al texto un sentido acorde a la ley fundamental, (condicionalmente) se apegaría a ella y no la contravendría, lo que haría injustificada su supresión. Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 129, pp. 100 y 486; Hesse, *op. cit.*, nota 22, p. 89; García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 96; Groppi, *op. cit.*, nota 115, p. 356, n. 30; Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 58-59; STC 11/1981, F.J. 4; BVerfGE 8, 38 (41), 18, 97 (111), y 12, 45 (61); y *Knights Templars’ & Masons’ Life Indemnity Co. v. Jarman*, 187 U.S. 197, 205 (1902).

²⁵⁵ “La autorrestricción supone la autoatribución... No decidir aunque se [le] haya dado competencia para ello, es para un tribunal una transgresión de su competencia”, Murswiek, D., “Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, 1982, p. 532, citado en Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 339; en la misma dirección apuntan Horn, *op. cit.*, nota 148, p. 1066, y Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, p. 758, citado en Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, p. 141.

²⁵⁶ “Es muy cierto que esta Corte no ejercerá jurisdicción si no debe; pero es igualmente verdadero que tiene que ejercerla si debe. [...] No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción otorgada, que [el que tenemos] a usurpar el que no se ha dado. Uno u otro traicionaría a la Constitución. [...] A menos que ellos muestren que habrían violaciones a la Constitución, respecto de las cuales los tribunales no pueden tomar conocimiento, no muestran que una interpretación más restrictiva de la que importan las palabras debe darse a este artículo [III de la Constitución norteamericana]. No muestran que puede haber ‘un caso en derecho o equidad’ derivado de la Constitución, al cual no se extienda el poder judicial”, *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 404-405 (1821). “A los jueces de esta Corte, entonces, se impone el alto y solemne deber de proteger, incluso de la violación legislativa, a aquellos contratos que la Constitución de nuestro país ha colocado fuera del control legislativo; y, sin importar qué tan molesta (*irksome*) pueda ser la labor, éste es un deber ante el que no nos atrevemos a retroceder”, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, *loc. cit.*, nota 166.

pie juntillas otros países o mejor dicho la han concebido de otro modo, como Alemania²⁵⁷ cuyo Tribunal Constitucional en ocasión del Tratado Fundamental sobre relaciones con Alemania Oriental de 1972, fue de la opinión —hoy paradigmática— de que ella no significa reducir su competencia natural sino renunciar a “dedicarse a la política (*Politik zu treiben*)” para mantener abiertos los espacios correspondientes a otros órganos constitucionales.²⁵⁸

No cabe fundar irreflexivamente sobre la doctrina de la autorrestricción judicial una teoría jurídica de los confines de la jurisdicción constitucional, por la equivocidad en las definiciones sobre la reserva judicial, su determinación casuística sobre todo cuando alude a *political questions*,²⁵⁹ y porque sólo intenta poner límites morales —un “*ethos* judicial de trabajo (*richterliches Arbeitsethos*)”— que instituye el mismo sujeto a quien éstos pretenden controlar.²⁶⁰ Por lo tanto, más que controlar el ejercicio de las atribuciones de la jurisdicción constitucional, a través de una “mera invocación a la *judicial self-restraint*”, ésta debe apoyarse como ya mencionamos sobre naturales límites judiciales, la división de poderes y la organización estatal democrática.²⁶¹

Sin embargo, que sea inviable una “autorrestricción” judicial no quiere decir que los tribunales ejerzan toscamente el control constitucional, esta función es sumamente delicada y no debe ejercerse irreflexivamente por el riesgo que existe de afectar el equilibrio de poderes establecido en la propia Constitución.²⁶² Dicha “autorrestricción” entendida como la reducción de la legítima esfera de actuación de los tribunales constitucionales debe rechazarse atentas las razones expuestas, pero resulta de esperarse por parte de esos tribunales si aludiera a un ejercicio precavido de sus atribuciones; pensamos por consiguiente que es preferible a ese concepto el de “*prudencia judicial*” que acuñó el Tribunal Constitucional español. En diversas sentencias, este órgano sostuvo que el control judicial de constitucionalidad exige de él —pero lo cual es obviamente aplicable a sus homólogos— “cierta prudencia” y cuidado extremo para “mantenerse dentro de los límites de ese control”, a fin de que “no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo [o a cualquier otro órgano estatal] y respete sus opciones políticas”, especialmente cuando se trata de aplicar “preceptos generales e indeterminados”.²⁶³

Además creemos que la cuestión sobre la ampliación o restricción de los poderes de la jurisdicción constitucional no ha sido bien enfocada: el postulado ético (jurídico y político) del que debe partir su respuesta no debe relacionarse con la autoridad mayor o menor de los juzgadores sino con la eficacia de las disposiciones constitucionales. Antes que de una “plenitud jurisdiccional”, debería hablarse de una “constitucional” por la cual “nada que afecta

²⁵⁷ Véanse Isensee, *op. cit.*, nota 119, p. 152; Benda y Klein, *op. cit.*, nota 36, pp. 9-10; Schlaich, *op. cit.*, nota 37, p. 340; y Limbach, *op. cit.*, nota 36, p. 28.

²⁵⁸ BVerfGE 36, 1 (14-15). Aunque inicialmente el tribunal germano suscribió la doctrina de las *political questions* en su formulación clásica, hablando de la “injusticiabilidad (*Nichtjustiziabilität*)” de casos en los que no hayan principios constitucionales “claramente vulnerados”, para los cuales sólo existe “responsabilidad política”; *cfr.* BVerfGE 4, 157 (169-170).

²⁵⁹ *Cfr.* Chryssogonos, *op. cit.*, nota 223, p. 171; y *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 508-509 (1961).

²⁶⁰ *Cfr.* Chryssogonos, *op. cit.*, nota 223, pp. 174-175; y Limbach, *loc. cit.*, nota 257. “Un Tribunal Constitucional encerrado en su torre de marfil y que sólo de tarde en tarde anula una ley resulta inimaginable en el futuro. Por eso carecen de operatividad los límites que se predicaban en la época del Estado liberal, como el *self-restraint*, la *political question* o la modificación del Presupuesto”, Aja y González Beilfuss, *op. cit.*, nota 135, p. 288.

²⁶¹ Böckenförde, *op. cit.*, nota 229, p. 2099.

²⁶² Véase *supra*, § IV.2. “[L]a separación de poderes [...] no es un concepto doctrinario que haya de usarse con rigor pedante. Debe haber una *sensible aproximación*, una elasticidad en el ajuste, que responda a las necesidades prácticas del gobierno, que no puede prever hoy los desarrollos de mañana en su variedad cercana al infinito”, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 439 (1935) (cursivas añadidas).

²⁶³ SSTC 108/1986, F.J. 18; 233/1999, F.J. 12; y 47/2005, F.J. 7.

a la Constitución y a los derechos fundamentales puede ser ajeno a la competencia y conocimiento del juez constitucional”,²⁶⁴ no bajo la inspiración de dar más poder a éste sino la de maximizar la eficacia de la Constitución como exige el principio democrático,²⁶⁵ buscando para complacer al derecho de acceso a la justicia que sus violaciones no sean irreparables.²⁶⁶ La principal interrogante que plantea este tema: si los tribunales deben interpretar la Constitución de modo extensivo o restrictivo, haciendo lo propio en cuanto a su poder de control; halla solución en los principios de interpretación —aceptados sin discrepancia— que ordenan dar *máxima eficacia* a las disposiciones constitucionales y considerar *sistemáticamente* a éstas para lograr la óptima realización de las normas que otorgan poder a los órganos públicos, pero también a las que lo restringen.²⁶⁷

Siendo la finalidad de las normas constitucionales —en especial de las que tienen la calidad de principios y los valores que postulan— regir la conducta del poder estatal y de otros actores sociales, los tribunales constitucionales deben preferir aquella alternativa de interpretación que haga incidir dichas normas *en mayor grado y más precisamente* en los casos controvertidos, es decir una *extensiva*; que les permita ejercer en el mayor número de casos su función decisoria, con el objeto de garantizar el imperio constitucional. Esta máxima eficacia normativa puede resultar de una sobreinterpretación²⁶⁸ que, a partir de las implicaciones de las disposiciones constitucionales en cierto contexto, formule una regla suficientemente precisa para el caso. Y lo anterior es igualmente aplicable tanto a las normas primarias que hacen de parámetro en el examen sustantivo constitucional como a las que regulan la competencia jurisdiccional de control constitucional, función derivada de las mismas normas constitucionales que la establecen.

Sin embargo, ello no lleva inevitablemente a que el poder del juzgador constitucional se desboque: él puede ser acotado por diversas *normas igualmente constitucionales*, que también exigen la máxima eficacia normativa para la protección de los bienes a que se refieren; tanto en lo positivo como en lo negativo, la actividad de la jurisdicción constitucional “está absolutamente determinada por la Constitución”.²⁶⁹ Aun dándose la máxima extensión de la competencia de los tribunales constitucionales a través de una interpretación “creativa” de la ley fundamental, “no significa necesariamente, eludir reglas predeterminadas por el ordenamiento para resolver objetivamente el caso”.²⁷⁰

Hablar de autorrestricción judicial como un “uso ahorrativo” de las facultades de la jurisdicción constitucional,²⁷¹ en oposición al activismo judicial como el ingreso de ésta a campos que aparentemente le son vedados, es un reflejo de la inevitable tensión entre el grado de control judicial y la amplitud de los márgenes de actuación de los órganos controlados, ambos avalados por respectivos principios constitucionales —control jurídico fundamental y libertad democrática de configuración política— que exigen optimización²⁷² en relación con las circunstancias particulares de que se trate.²⁷³

²⁶⁴ Marín, *op. cit.*, nota 64, p. 148.

²⁶⁵ *Supra*, nota 160.

²⁶⁶ *Cfr.* González Pérez, *op. cit.*, nota 192, pp. 69-70.

²⁶⁷ Véase *infra*, cap. quinto, §§ III.1 y III.2.

²⁶⁸ Véase *infra*, cap. quinto, § II.2.B.

²⁶⁹ Kelsen, *op. cit.*, nota 1, p. 56.

²⁷⁰ Aragón, *op. cit.*, nota 178, p. 35.

²⁷¹ BVerfGE 39, 1 (69). La expresión corresponde a los jueces Rupp-von Brünneck y Simon en su voto disidente en el caso *Aborto I*.

²⁷² Alexy, *op. cit.*, nota 170, pp. 75-76. De dichos principios generalísimos, se desprenderían diversas reglas incidentes en cada caso concreto para uno u otro lado; *cfr.* Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 30, pp. 117-118.

²⁷³ *Cfr.* Chrystosgonos, *op. cit.*, nota 223, p. 172. Véanse BVerfGE 9, 201 (206); y 10, 354 (370-371).

La (supuestamente virtuosa) autorrestricción o el (supuestamente vicioso) activismo, pueden no ser más que una percepción quizá estereotípica²⁷⁴ y maniquea de la “política” de la jurisdicción constitucional; el delicado balance entre los poderes públicos, particularmente entre el tribunal constitucional y el legislador, ciertamente exige *prudencia*²⁷⁵ al decidir; mas la fundamental labor de aquélla asimismo excluye la timidez en perjuicio de los valores constitucionales. Al gran poder que tienen los jueces constitucionales es indefectible el peligro de que, como señaló Forsthoff, se conviertan en “señores de la Constitución”;²⁷⁶ pero no menos grave es que reserven el ejercicio de sus facultades de control, por una mal entendida “autorrestricción” que conduce al minimalismo constitucional.

La definición de los límites jurídico-funcionales de los tribunales constitucionales no puede basarse sobre reglas específicas preestablecidas, requiere una atención a las circunstancias particulares de cada caso, de modo que se dilucide “lo justo respecto a ciertos sujetos y a tenor de irrepetibles coordenadas históricas”.²⁷⁷ La clásica pregunta de Juvenal sobre quién custodiará a los mismos custodios,²⁷⁸ aún mantiene la respuesta que le dio Platón en *La república*, a través de Sócrates y antes que el poeta latino,²⁷⁹ al reflexionar sobre cómo pudiera contenerse el abuso del poder de los guardianes del Estado; no es del todo satisfactoria, pero sí la única disponible para cualquier órgano de control:

[N]uestros magistrados [...], si son dignos del nombre que llevan, se hallarán en disposición [...] de no ordenar más que lo [...] prescrito por la ley, y de seguir el espíritu de la misma en los reglamentos que *confiamos a su prudencia*.²⁸⁰

²⁷⁴ “El estereotipado reproche de que ‘otra vez hizo política el Tribunal Constitucional’ suele mayormente surgir de los que se creen en el bando perdedor”, Häberle, *op. cit.*, nota 122, p. 59. “[L]as impugnaciones a la autoridad del juicio constitucional tienden a hacerse en respuesta a decisiones políticamente polémicas, son en última instancia más profundas que las concernientes a meros debates interpretativos”, Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 638 (referencia a pie de página suprimida).

²⁷⁵ Tan propia de un santo que no casualmente se ha expresado con el apotegma paulino “Tened como si no tuviéseis” (2 *Corintios*, 6, 10), usado para señalar los límites de la jurisdicción constitucional. Véase Brage Camazano, *op. cit.*, nota 3, p. 178.

²⁷⁶ *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961, p. 33.

²⁷⁷ Vigo, *op. cit.*, nota 255, p. 229.

²⁷⁸ “[S]ed quis custodiet ipsos custodes?”, *Satirae*, VI, 347-348. Aunque el contexto de esta frase se refería a la decadencia moral romana, específicamente manifestada en la creciente influencia femenina que no podían contener por su degradación los “custodios” de las mujeres —los *mariti*—, como muestra la frase “*cauta est et ab illis incipit uxor* (la esposa es calculadora y por ellos comienza [a urdir sus planes])” (348), siguiente a la primeramente transcrita; recuérdese que, según la tabla V de la ley decenviral, las mujeres —salvo las vírgenes vestales— debían someterse a tutela “a causa de su ligereza de espíritu (*propter animi levitatem*)”. La descontextuación moderna de la aludida frase de Juvenal ha dado lugar a que se use amplísimamente, como demuestra su arraigada referencia en el tema que nos ocupa.

²⁷⁹ “¿[N]o serán [los guardianes del Estado] feroces entre sí y respecto de los demás ciudadanos?”, *Diálogos*, 25a. ed., México, Porrúa, 1998, lib. II, p. 467. “Ridículo sería, en efecto, que un guardián necesitase, a su vez, ser guardado”, *ibidem*, lib. III, p. 485.

²⁸⁰ *Ibidem*, lib. V, p. 518 (cursivas añadidas). “Así, cuanto más importante es el oficio de esos guardianes del Estado [—entre los que se cuentan los magistrados filósofos y los guerreros—], mayor cuidado han de poner éstos en él, más estudio y ocios habrán de consagrarle”, pues “si aquellos que están puestos para la custodia de las leyes y de la república sólo de nombre son guardianes suyos, bien es que arrastran al Estado a su ruina” (*ibidem*, lib. II, p. 466 y lib. IV, p. 495). Platón detalló los aspectos de la educación de estos guardianes en los libros II al V de *La república*, reconociendo que su clave era la intencionada ficción, de la que se les pretendía convencer, de que son “mejores” por estar “compuestos de oro” y ser “más aptos para gobernar”; pero encontrándose todos los integrantes del Estado y en especial los gobernantes, regidos por la virtud de la justicia (*ibidem*, lib. III, pp. 492-493 y lib. IV, p. 503). Una ficción similar puede aplicarse a los tribunales constitucionales, sobre su “neutralidad” y su estricto carácter jurisdicente apartado de la política; véase García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 203, n. 176.

Poco puede por lo tanto hacerse para sujetar la actuación de los tribunales constitucionales a un control rígido, cuando son ellos mismos quienes determinan sus propios límites, a través de la interpretación constitucional que realizan. Si bien pueden existir algunos procedimientos que constituyan garantías “fuertes” o “débiles” para la debida realización de la labor de la jurisdicción constitucional, éstos no dejan de tener ciertos inconvenientes y sobre todo una eficacia limitada.²⁸¹

5. *Excursus concatenante: El texto constitucional como límite interpretativo*

Ahora es conveniente detenernos un poco en el tópico de la literalidad del texto como límite de la interpretación pues, aunque es un lugar común de la metodología jurídica,²⁸² ha sufrido frecuentes objeciones. Una primera surgió de Böckenförde quien, criticando la postura de Konrad Hesse, afirmó que dicha tesis es viciosamente circular porque tener al texto como límite de la interpretación presupone ésta y, además, su indeterminación no permite establecer un sentido preciso a aquél,²⁸³ desde un extremo de la originalista “teoría de la indicación”,²⁸⁴ Deppenheuer retomó luego esa dirección y ampliándola postuló en esencia lo siguiente: el texto constitucional no puede ser objeto ni límite de la interpretación porque tal debería ser el entendimiento del Constituyente histórico, que es el elemento normativo a indagar y no la literalidad de la disposición; con dicha tesis “[e]l intérprete ya no busca un sentido vinculante previamente dado, sino apoya su interpretación en la sola expresión (*Laut*) [de la ley]”; y el wittgensteiniano²⁸⁵ “funcionamiento del lenguaje” impide que la literalidad funja como un verdadero límite.²⁸⁶

Ambas críticas son refutables: la segunda porque en realidad nada soluciona pues solamente traslada el problema al cambiar la ubicación del texto —o sea, del objeto de la interpretación— de la literalidad legal o constitucional a la etérea *intentio auctoris*, lo que además ya vimos que es actualmente insostenible por diversas razones;²⁸⁷ y ambas en general porque la limitación que produce la fórmula de la disposición jurídica más bien consiste en “da[r] al operador jurídico orientación [...] y así hace[r] posible una discusión (*Auseinandersetzung*) estructurada sobre la decisión correspondiente al caso particular”, atendiendo al contexto fáctico al que se quiere aplicar la interpretación jurídica.²⁸⁸

El objetivo de la interpretación es “[p]oner un texto en su contexto”,²⁸⁹ que traducimos jurídicamente como la aplicación del sentido de una disposición jurídica a un conjunto de hechos para establecer la licitud normativa de una conducta; así tenemos dos diferentes elementos dentro de la interpretación: los posibles *sentidos* del texto y su *referencia* a un mundo (real o ficticio).²⁹⁰ La ambigüedad o vaguedad del texto nos produce múltiples

²⁸¹ Véase *infra*, cap. quinto, § V.

²⁸² *Supra*, nota 247.

²⁸³ *Op. cit.*, nota 229, p. 2096.

²⁸⁴ Véanse *supra*, cap. primero, nota 44; y cap. segundo, § V.2.A.

²⁸⁵ Véase Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, FCE, 2004, pp.145-156.

²⁸⁶ *Op. cit.*, nota 247, pp. 17, 25, 33 y 58-60.

²⁸⁷ *Supra*, cap. primero, § II.2.A.

²⁸⁸ Walter, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 125, 2000, p. 541.

²⁸⁹ Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Itaca, 2005, p. 19.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

significados que se le pueden atribuir o reconocer —como se prefiera decirlo—, pero es su referencia al contexto al cual la interpretación busca traducir esa intencionalidad la que da a aquéllos una “plenitud de sentido” según la expresión de Hesse; aun manteniendo el texto jurídico diferentes significados con “pleno sentido” —lo que supone haber descartado los que no lo tienen remotamente o carecen de él—, su referencia al contexto los ordena según sus propiedades y su atinencia a él —cada uno en diferente grado pues si no serían idénticos y no diversos en alguna medida—, con lo que se obtiene “una *jerarquía* entre esas interpretaciones válidas, de modo que una es más rica que las otras, y las otras, al final, rayan en la falsedad”.²⁹¹ Así, fácilmente se advierte a la *posibilidad semántica del texto* como determinante en primer lugar del número de sus interpretaciones y en segundo, como consecuencia de establecer el contenido de éstas, de sus respectivos grados de adecuación al contexto de aplicación.

La clave, entonces, parece estar en la semántica de los términos legislativos y en la sintaxis de los enunciados de la ley, lo que tampoco ofrecería una respuesta definitiva a la cuestión planteada pues hacemos referencia a un continente pero no a su contenido; vacío que se refuerza para lo general por la indeterminación natural del lenguaje y para el ámbito constitucional por la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados en el texto fundamental. Pero en realidad, el problema no es (completamente) de la hermenéutica sino de la semiótica; aquélla requiere basarse en un “metalenguaje”,²⁹² un sistema de significación preestablecido que le aporte las posibilidades semánticas *lato sensu* del texto, ya que su labor no es sólo conocer la intencionalidad del autor sino *utilizar dicho conocimiento* para algo.²⁹³ La hermenéutica presupone —y no se ocupa de él más que inicialmente— este sistema lingüístico elaborado por la semiótica, y su función consiste en un “análisis referencial” del que usa el texto para colocarlo dentro del contexto (finalidades, hechos, necesidades, etc., del intérprete); la semiótica explica el lenguaje y la hermenéutica lo comprende en una situación determinada, insertándolo en ella.²⁹⁴

Como es una forma de comunicación, la obra legislativa utiliza signos convencionales entre su autor y su destinatario, es decir un lenguaje o idioma, cuyas posibilidades de significación se establecen por aspectos que constituyen las tres ramas de la semiótica: sintaxis, semántica y pragmática —sintéticamente: entre otros, el “estudio de variaciones de sentido y de función de las expresiones sígnicas en relación a las relaciones sociales entre los emisores y los destinatarios”—;²⁹⁵ el análisis literal de la disposición legislativa para establecer su significado, es sólo el paso inicial de la interpretación y su “primera orientación”, pero de ninguna manera resulta suficiente para hablar de su “significación” o “contextuación” al caso particular, es decir de su interpretación.²⁹⁶

Así, el procedimiento interpretativo que lleva a la aplicación del derecho a la realidad, se sujeta a la estructura construida o construible por la semiótica, de acuerdo con las correspondientes reglas gramaticales y delimitaciones lexicológicas —inclusive técnicas—,

²⁹¹ Beuchot, Mauricio, “Hermenéutica débil y hermenéutica analógica. Compendio de presentación”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, p. 17 (cursivas añadidas).

²⁹² Véase Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 216, pp. 137-138.

²⁹³ *Supra*, cap. primero, § II.4.A.

²⁹⁴ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 289, pp. 173, 181 y 184-185.

²⁹⁵ Luzzati, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 563 y 572-573. Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 285, p. 8.

²⁹⁶ Véase Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 316-320.

bajo las cuales los signos no pueden tener infinitos sentidos aunque sean convencionales si se quiere.²⁹⁷ Indudablemente, aun resuelto el problema semántico *lato sensu* (semiótico o más llanamente gramatical), no acaban los desvelos de la hermenéutica jurídica, pues aun le falta llevar los significados establecidos del texto al contexto de aplicación; ello explica la limitada utilidad de los diccionarios en esta actividad pues los problemas interpretativos, como acertadamente hace notar Joseph Raz, “raramente son problemas del significado de un término o frase”.²⁹⁸

Pero ello no descarta que el texto legal —además de su carácter de elemento objetiv(ad)o— funja de límite a las posibilidades de interpretación, por la *finitud* de las alternativas de significado que aporta a esa actividad; ésta marca un derrotero por el que debe transitar la interpretación, so pena de perder su esencia y convertirse en invención. De manera que el texto constitucional o jurídico en general, a pesar de contar con una gran densidad de conceptos indeterminados —que también son semánticamente finitos al haber un “ámbito de certeza negativa” para su aplicación²⁹⁹—, en alguna medida impide la dispersión equivocista de su intérprete, ya sea el tribunal constitucional u otro.

A fin de cuentas salvo porque considera como legítimo elemento normativo la voluntad subjetiva del legislador y no el texto canonizado de la disposición legal, y no sin ser un poco paradójico, el mismo Depenheuer contribuye al tópico de la literalidad textual como límite interpretativo, al señalar como contenido de ese postulado que “toda interpretación que se mantenga en los límites de las posibles interpretaciones lingüísticas —es decir lexicológicas— del texto de la disposición (*Normtext*), se legitima a través de ésta”.³⁰⁰

V. A MODO DE EPÍLOGO: JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y ORDEN FUNDAMENTAL LIBERALDEMOCRÁTICO

A grandes rasgos decimos que la labor de la jurisdicción constitucional consiste en mantener la eficacia del orden que establece la ley fundamental;³⁰¹ dicho orden no puede ser otro que el *liberaldemocrático*, ya que en una Constitución totalitaria es sencillamente impensable la existencia misma de la jurisdicción constitucional.³⁰² Dignidad humana, libertad y democracia, como valores fundamentales, deben tener una influencia considerable en la actividad de los tribunales constitucionales cuya función es concebida como un procedimiento para salvaguardarlos;³⁰³ un enfoque democrático —pues en ello se resumen tales valores—,

²⁹⁷ Aun en el abierto “juego de lenguaje” de Wittgenstein las palabras “son significativas en conexión con la actividades que las originaron”, lo que indica que *no lo son* en relación a otras y que sus posibilidades semánticas son *limitadas*. Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 285, p. 153. Véase *supra*, cap. primero, nota 87.

²⁹⁸ “On the authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, p. 179. Cfr. Vega Gómez, Juan, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1322-1323.

²⁹⁹ Véase *supra*, cap. segundo, § IV.1.B.a.

³⁰⁰ *Op. cit.*, nota 247, p. 58.

³⁰¹ *Supra*, nota 133.

³⁰² Cfr. Rolla, *op. cit.*, nota 135, pp. 132-133. Sobre el orden fundamental liberaldemocrático, véase *supra*, cap. segundo, § II.3.

³⁰³ Tal es el contenido de las teorías “procedimentales (*process-based*)” de la jurisdicción constitucional, de las cuales es John Hart Ely uno de los más ínclitos exponentes, que se acompañan por una teoría “institucional” de los derechos fundamentales que tampoco está reñida necesariamente con una que conciba a éstos como “derechos de defensa” o “valores superiores” del ordenamiento. Véanse Ferreres, *op. cit.*, nota 220, pp. 250-259; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 36, p. 658; Böckenförde, *op. cit.*, nota 236, pp. 1532-1533; y *supra*, cap. segundo, § II.2.C.

sería por lo tanto el punto de partida de la interpretación constitucional judicial y la teoría a que habría de adscribirse.³⁰⁴

En cuanto a los derechos fundamentales, dicho enfoque exigiría “un papel más activo para el juez constitucional” en su defensa y promoción al ser elementos básicos del orden democrático,³⁰⁵ como discretamente sugirió la Suprema Corte de los Estados Unidos en una famosa nota a pie de página.³⁰⁶ Como un elemento más del “*ethos*” de su labor, se esperaría de la jurisdicción constitucional un especial celo en los asuntos que involucren derechos fundamentales, que busque lograr la mayor eficacia de tales derechos y hacerlo en particular frente al legislador.

Otra posición importante en el tema es la tensión entre la libertad de configuración legislativa y el control judicial de la constitucionalidad. El principio democrático, como origen de normas constitucionales que limitan la intensidad del control jurisdiccional sobre el legislador, es igualmente un elemento a considerarse para la formación de un modelo teórico constitucional sobre el cual se va a dar el juicio de los tribunales constitucionales, a fin de dar a éste un significativo margen para la deliberación y decisión democráticas sobre la vida social, en cuya protección se funda también su institución.³⁰⁷

Los anteriores serían los dos grandes flancos en donde se despliega la defensa del orden liberaldemocrático a cargo de la jurisdicción constitucional. Otro aspecto de ésta, aplicable a ambos terrenos, es la necesaria valoración que se da en la interpretación constitucional y, hablando con más precisión, en la intervención de las precomprensiones de los jueces constitucionales al dar significado a las disposiciones fundamentales; el cual es no es de fácil exposición y de control aun más difícil.

Especialmente en el juicio constitucional, reiteramos, es necesario acudir a referencias axiológicas inclusive de carácter moral, para dar contenido a los conceptos abiertos e indeterminados de las disposiciones constitucionales en cuya aplicación se ha propuesto el recurso “a las ideas o convicciones sociales y políticas de la comunidad”.³⁰⁸ Son palmarias las dificultades que produce la realización de esta interpretación constitucional democrática, sobre todo en lo tocante a la definición de las “concepciones comunitarias” a que alude,³⁰⁹ no

³⁰⁴ Cfr. *supra*, nota 236; Aragón, *op. cit.*, nota 178, p. 51; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 222.

³⁰⁵ Cfr. Ferreres, *op. cit.*, nota 220, p. 252; y Orozco Henríquez, *op. cit.*, nota 201, p. 311.

³⁰⁶ “Habría un ámbito más estrecho para que opere la presunción de constitucionalidad, cuando la legislación aparentemente caiga dentro de una prohibición específica de la Constitución, tal como aquellas de las diez primeras enmiendas, que se estiman igualmente específicas al tenerse por comprendidas dentro de la decimacuarta [...].- Es innecesario considerar ahora si la legislación restrictiva de aquellos procesos políticos de los cuales ordinariamente se esperaría que repelieran (*to bring about repeal*) la legislación indeseable, debe someterse a un escrutinio judicial más exigente bajo las prohibiciones de la decimocuarta enmienda, que la mayoría de otros tipos de legislación [...].- Y tampoco requerimos inquirir si entran similares consideraciones en el control de leyes dirigidas a minorías religiosas [...], nacionales [...] o raciales [...]; [o] si el prejuicio contra minorías discretas e insulares, pudiera ser una condición especial que tienda seriamente a mutilar la operación de esos procesos políticos a los que ordinariamente se confía la protección de las minorías, y que clamarian de manera correspondiente un examen judicial más minucioso”, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, n. 4 (1938).

³⁰⁷ Cfr. Canosa Usera, *op. cit.*, nota 170, p. 258; y *supra*, nota 223.

³⁰⁸ García de Enterría, *op. cit.*, nota 24, p. 182. “[S]e debe[n] interpretar los derechos fundamentales de modo que protejan lo que *todos los ciudadanos* consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple”, Alexy, *op. cit.*, nota 138, p. 39 (cursivas en el original). Un ejemplo de la referencia a la diversidad de creencias, en ese caso sobre el tema del aborto, puede verse en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 160-162 (1973).

³⁰⁹ Cfr. Habermas, Jürgen, “On law and disagreement. Some comments on ‘interpretative pluralism’”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing./Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 190.

obstante, creemos esta directiva interpretativa no sólo importante como un postulado ético de la jurisdicción constitucional, sino como impuesta por la naturaleza misma del consenso social que se supone existe tras la ley fundamental y que es deseable mantener en su interpretación, para intentar superar el desacuerdo en una sociedades complejas como las actuales.³¹⁰

Nos explicamos: al realizar juicios de valor en la realización de su actividad, la anterior directiva conduciría la labor del tribunal constitucional a buscar en qué podrían consistir específicamente dichas concepciones comunitarias, pero no en forma simplemente intuitiva sino con apoyo en múltiples elementos que lo sensibilicen a su respecto, mediante un diálogo abierto con la academia, los *amici curiae* y la sociedad en general.³¹¹ Ciertamente, no existe un procedimiento único y claramente determinado para que tenga lugar lo anterior, y ni siquiera es factible esperarlo para cada caso concreto sino sólo como un proceso, a largo plazo pero constante, de apertura de las *perspectivas y convicciones propias de los jueces*, que inevitablemente son las únicas que pueden emplearse en la interpretación constitucional³¹² y que estarían llamadas a exponerse precisa y francamente en sus resoluciones.³¹³

La trascendencia de la jurisdicción constitucional para la supervivencia y desarrollo del régimen liberaldemocrático, así como la responsabilidad de sus juzgadores con lo mismo, está fuera de duda. Los tribunales constitucionales no sólo son los “principal[es] defensor[es] de la Constitución”, lo que les da en la sociedad gran “autoridad y prestigio”; además su jurisprudencia es un “espejo emblemático de la realidad social” que refleja los procesos que se dan en el seno de la colectividad, y a ella corresponde en gran parte la dirección de ésta y el logro de los objetivos previstos en la ley fundamental, que además sirve para la promoción dentro de la sociedad de los derechos fundamentales y su salvaguarda.³¹⁴

En general, no es menor el papel de los jueces constitucionales en los países en que se han instituido; pero esta jurisdicción, dice el profesor Peter Häberle, tiene incluso una “tarea más grande” para la democracia y el Estado de derecho en los latinoamericanos —México entre ellos— y los de “reciente aparición (*junge Länder*)”.³¹⁵ Prácticamente todos éstos se encuentran en una transición —más o menos compleja según el caso— hacia un *régimen plenamente democrático* en la cual los tribunales constitucionales tienen la importante función de “afirmar los nuevos valores constitucionales”, que cumplieron satisfactoriamente en otras ocasiones (Alemania, España e Italia son los mejores ejemplos).³¹⁶

³¹⁰ Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 35, p. 121; y Habermas, *op. cit.*, nota 309, pp. 187 y 193-194.

³¹¹ Véase *supra*, cap. segundo, § II.4.A. No queremos decir que las decisiones judiciales se tomen solamente en vista de la simpatía popular, sino resaltar como inherentes al “espíritu democrático” que debe imbuir a los jueces constitucionales en los que se incorpora la institución jurisdiccional, la apertura de sus puntos de vista a una amplitud mayor de la que tuvieran por su pluralidad ya formada con sus diferentes “horizontes empíricos”, “estructuras de personalidad” y “patrones de convicción” (cfr. Limbach, *op. cit.*, nota 154, pp. 196-199), porque “debemos nunca olvidar que es *una Constitución* lo que estamos explicando” (*McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. [4 Wheaton] 316, 407 [1819]; cursivas en el original).

³¹² Cfr. Ortega y Gasset, José, “Verdad y perspectiva”, *El espectador*, antología de Gaspar Gómez de la Serna, Estella (Navarra), Salvat, 1971, pp. 20-23.

³¹³ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, nota 129, pp. 36-37.

³¹⁴ Cfr. Rolla, *op. cit.*, nota 135, pp. 162-163.

³¹⁵ Entrevista con el autor realizada el 7 de mayo de 2004.

³¹⁶ Cfr. Rolla, *op. cit.*, nota 135, pp. 164-166.

CAPÍTULO QUINTO
LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

I. LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Metodología tradicional*

Antes de comenzar señalamos que las líneas siguientes pueden referirse genéricamente a la interpretación constitucional, ya que la manera en la cual los tribunales le dan significado no difiere *esencialmente* de cómo proceden en lo mismo otros órganos públicos o quienes realizan el estudio doctrinal de ese ordenamiento. Pero tanto en atención al objeto de este trabajo como porque el juicio representa el modelo de decisión aplicativa de las normas jurídicas, y consecuentemente la interpretación judicial es paradigma de esa actividad;¹ nuestro desarrollo del tema se orienta a la jurisdicción constitucional y su labor interpretativa.

La interpretación en materia constitucional en gran parte ha seguido el desarrollo de la metodología civil² y por ello, al igual que a ésta, se le abordó a través de los “métodos” tradicionales (gramático, lógico, sistemático, histórico y teleológico) conforme supuestamente propuso Savigny, aunque con una gran relevancia a los últimos.³ Tan arraigada ha sido la adhesión a esta metodología que se le defendió con denuedo frente a “nuevos métodos” supuestamente extraños a la ciencia del derecho.⁴

Partiendo de lo que ya señalamos,⁵ en el sentido indicado no puede hablarse de “métodos” de interpretación —constitucional o jurídica en general—: los tradicionalmente considerados como tales son en realidad *criterios*, es decir “puntos de vista metódicos”, que dan relevancia a algún aspecto elemental del texto jurídico interpretado y ni siquiera para Savigny constituyeron diferentes procedimientos o clases de interpretación sino elementos que habrían de considerarse en esa labor y que conforman un “andamiaje argumentativo

¹ Cfr. García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, p. 3413; Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, México, Fontamara, 2003, pp. 107 y 231; y Aienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 13.

² Cfr. Ehmke, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königsberg, Athenäum, 1981, p. 368; y García Belaunde, *op. cit.*, nota 1, pp. 3406 y 3411.

³ Casi tan rancia como el mismo constitucionalismo, porque ya Marshall sostuvo la preeminencia de los “fines (*objects*)” de “los iluminados patriotas que redactaron [la] Constitución” sobre “la imperfección del lenguaje humano”, en *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. [9 Wheaton] 1, 188-189 [1824]).

⁴ Cfr. Dreier, Ralf, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981, pp. 106-109; Forsthoff, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en Dreier, Ralf, y Friedrich Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, pp. 52, 57, 67 y ss.; *idem*, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961, pp. 39-40; Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 394-397; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 83-85; Linares Quintana, Segundo V., “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1982, t. XVI, p. 482; y Sagüés, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. En torno al arsenal interpretativo de los tribunales supremos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, p. 161.

⁵ Véase *supra*, cap. primero, § IV.2.B.

(*Argumentationsgerüst*) flexible”.⁶ Aunque al amparo de los tradicionales criterios o perspectivas —que ya se ven insuficientes, sobre todo para la interpretación constitucional⁷— generalmente se agrupan múltiples reglas que pretenden señalar al intérprete el camino a la corrección de actividad.

Más especialmente para la interpretación constitucional se han formulado doctrinal y jurisprudencialmente varias directivas⁸ basadas en postulados teóricos que, no obstante ser de carácter general, por su especial importancia para ella se les ha revestido de ciertas particularidades y gran relevancia en el ámbito constitucional, como “expresión de la precomprensión (*Vorverständnis*) de la teoría constitucional sobre problemas del derecho de la Constitución”, cuya importancia los ha erigido en “principios” de la interpretación en esta materia.⁹ Dichos postulados se adscriben finalmente a algún criterio interpretativo e incluso a varios.¹⁰

Al igual que en la teoría general de la interpretación jurídica, en la constitucional la sola acumulación de diversas “reglas” o “principios” es insuficiente para alcanzar un grado admisible de certeza en la corrección y racionalidad de las decisiones interpretativas; dado que también en esta materia pueden contradecirse las directivas hermenéuticas y producir resultados divergentes, tiene que resolverse en cada caso cuál de ellas prevalecerá con base a una determinada “ideología de la interpretación”.¹¹ Ésta se integra por las previas concepciones que tengan los operadores constitucionales acerca de la naturaleza y funciones del texto constitucional, de la estructura de sus normas y de su papel sociopolítico, así como de los alcances y límites de la jurisdicción especializada; en suma: de una teoría constitucional con perfiles —al menos a un nivel esencial— bien definidos, que determinará no sólo la fórmula de directivas interpretativas sino también la precomprensión con que el intérprete constitucional se aproximará a su labor y la realizará, lo que aun nos parece mucho más importante.¹²

El gran problema de interpretar la Constitución es que, como ella se ubica en medio de una “lucha de partidos”, está “profundamente ideologizada” y es difícil responder definitivamente en esa labor la “cuestión epistemológica fundamental” de distinguir las precomprensiones “legítimas” de las “ilegítimas”, o más claramente: la relativa a establecer la teoría constitucional “correcta” que dé bases fundamentales a la interpretación constitucional.¹³

⁶ Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, 2a. reimp. facsimilar de la ed. berlina de 1840, Aalen, Scientia, 1981, vol. I, p. 215; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316; y Brugger, Winfried, “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 119, 1994, p. 31.

⁷ Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 23; y Dreier, *op. cit.*, nota 4, pp. 114-115.

⁸ Pueden verse catálogos de directivas de interpretación constitucional en: Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 27-29; Ehmke, *op. cit.*, nota 2, pp. 369-371; Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 105 y ss —siguiendo fielmente a Hesse—; Linares Quintana, *op. cit.*, nota 4, pp. 482-483; Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 23-33; Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2003, pp. 40-61; y Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, pp. 117 y ss.

⁹ Cfr. Ehmke, *op. cit.*, nota 2, p. 346.

¹⁰ Cfr. Brugger, *op. cit.*, nota 6, pp. 30-31; y Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas” (trad. de Héctor Fix-Fierro), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, p. 696.

¹¹ Véase *supra*, cap. primero, § IV.3.

¹² Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 10, p. 675.

¹³ Cfr. Dreier, *op. cit.*, nota 4, pp. 123 y 126-127.

Parece entonces no carecer de razón Ehmke cuando afirma que no es la jurisdicción constitucional “sino más bien el consenso de todos los que ‘piensan racional y justamente (*Vernünftig- und Gerech-Denkende*)’”, quien establece la teoría constitucional determinante de la interpretación, entre los cuales ocupa un lugar destacado la academia y su influencia en los juzgadores, volviéndose por ello tal consenso la última instancia —claro que informal— de corrección de las decisiones de los tribunales constitucionales.¹⁴

De ahí se sigue que el *verdadero dilema* que enfrenta la interpretación constitucional es depender absolutamente de una definida teoría constitucional¹⁵ y consecuentemente de una teoría sociopolítica, pero a cuyo respecto *no puede haber* —en una sociedad democrática, claro— consenso unánime en todas y cada una de sus especificaciones.¹⁶ La decisión sobre la teoría constitucional prevaleciente y la interpretación de la ley fundamental que de ella derive, queda finalmente al juego dialéctico de la argumentación en el seno del tribunal constitucional, resultante de la diversidad y pluralismo de sus integrantes, sin restar importancia a su sensibilidad social y política.¹⁷ Si dicha teoría sociopolítica da pie a una constitucional, y ésta a su vez a un determinado sentido de la interpretación de la ley fundamental, entonces el *quid* de esta última labor es determinar el contenido e implicaciones de la primera, los cuales generalmente en la actualidad no son otros que unos de corte liberaldemocrático.¹⁸

2. *En pos de una hermenéutica constitucional*

A. *El “modesto” papel de una teoría de la interpretación constitucional*

Aparentemente desde una perspectiva pesimista, Joseph Raz subraya la dispersión de los intentos teóricos relativos a la interpretación constitucional, ocasionada por su concentración a cada sistema jurídico y alcanza a decir que “[p]osiblemente no haya lugar para una teoría verdaderamente universal del tema”. Pero aclarando su pensamiento también afirma que con ello más bien se refiere a teorías que no prescriben cómo debería interpretarse la Constitución o son sólo una “receta general” para la corrección de ese procedimiento; en ese sentido tiene razón cuando dice que

no hay una verdadera teoría de la interpretación constitucional en el sentido de un conjunto de principios que, aplicados a una cuestión interpretativa, produzcan la interpretación correcta de la disposición constitucional de que se trate. Todo lo que puede hacer una discusión filosófica de la

¹⁴ *Cfr. op. cit.*, nota 2, p. 345; *infra*, nota 147; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 237-238; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 528-531; y *supra*, cap. segundo, § II.4.A.

¹⁵ Que puede definirse como un “pensamiento estructurado y continuado de la Constitución, de sus elementos componentes, de la jerarquía de sus normas, de sus criterios de interpretación y de las funciones que debe cumplir respecto de las normas inferiores, primordialmente”. Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 82-83.

¹⁶ *Cfr. Dreier, op. cit.*, nota 4, p. 125.

¹⁷ Véase Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C.H. Beck, 1999, pp. 32-35; y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 282, 292 y 295.

¹⁸ Véase *supra*, cap. segundo, § II.3.

interpretación es *explicar la naturaleza de la actividad y sus parámetros principales*, y ayudar a evitar algunos errores.¹⁹

Exactamente lo mismo ocurre con la interpretación jurídica genérica, para la cual no puede existir una secuencia procedimental que, con todo detalle, especifique cuáles son las operaciones que debe llevar a cabo el intérprete y de cuya realización sacramental dependa la validez de sus resultados; una teoría de la interpretación sólo puede dar principios y directrices generales en número reducido, pero suficiente para canalizar esa actividad.²⁰ Con todo: la interpretación constitucional, como cualquier otra, puede abordarse desde una *perspectiva hermenéutica* —lo que es mucho más amplio que esbozar un procedimiento para esa actividad: es una “actitud”, un “*ethos*” interpretativo²¹— que dé criterios de corrección a su realización.

Siendo más optimistas que Raz, creemos que no es insuficiente para una teoría de la interpretación (constitucional) sólo explicar la naturaleza de esa actividad y dar algunos parámetros principales; más allá no puede ir y tiene que dejar a la actuación de los operadores jurídicos la interpretación de los textos jurídicos, que sólo puede darse en vista del caso concreto; con esas cualidades en realidad no ayuda a evitar algunos sino muchos errores en esa actividad: saber en qué consiste en realidad la interpretación y qué va en ella, no es de poca monta. Además, para adelantarnos a la posible objeción de que sea bizantino discutir la interpretación constitucional y jurídica en general desde la trinchera de la hermenéutica, es decir desde una difícil ciencia aplicable a toda clase de rama del conocimiento; basta recordar que la teoría general de la interpretación jurídica —anterior a los postulados de cada una de las especies del derecho— se basa en las conclusiones de la filosofía jurídica, y ésta a su vez de la universal y su disciplina especializada en la materia.²²

Existe la urgente necesidad de una “teoría general de la interpretación constitucional” —similar a la que tuvo la crítica literaria— que proporcione las bases de esa actividad; no se trata de meros “tecnicismos (*technicality*)” sino *cuestiones de suma gravedad*: si la “interpretación” en general y no sólo jurídica significa algo o no, es decir si al realizarla tienen o no que observarse ciertos fines, procedimientos y postulados, lo mismo acaecerá cuando su objeto sea la “libertad de expresión”, el “principio de igualdad” o el “democrático”, y el “federalismo”.²³ Sólo haciéndose de las elaboraciones de la hermenéutica y aprendiendo de ellas, podrá el derecho constitucional poseer una teoría general interpretativa; no a la dogmática jurídica sino a aquélla corresponde responder las cuestiones fundamentales de la

¹⁹ “On the authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, pp. 152, 179-180 y 183 (cursivas añadidas). También Carmelo Carbone opinó hace años que no existe una “teoría de la interpretación constitucional” aunque a esa labor apliquen “técnicas específicas”, en *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, Cedam, 1951, pp. 7-17, referido en Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, p. 283, n. 5.

²⁰ Como referencia generalísima para este apartado, véanse las secciones pertinentes de *supra*, cap. primero.

²¹ Cfr. Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2002, p. 30; y Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalismo*, México, Torres Asociados, 2005, p. 100.

²² García Belaunde, *op. cit.*, nota 1, pp. 3412-3413.

²³ Cfr. Rubinfeld, Jed, “Legitimacy and interpretation”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, pp. 197-198 y 200. El mismo autor opina que posiblemente sea “sorpresivo” para la hermenéutica que el derecho torne a ella, pues a través de Gadamer (*Truth and method*, 1994, pp. 324 y 327-328) lo había tenido como modelo; pero la realidad es que la interpretación jurídica depende de postulados generales sobre esa actividad, que no corresponde elaborar a la ciencia jurídica sino a aquélla.

interpretación, aunque actuando con reciprocidad nuestra rama algo podría aportar a esa ciencia pues, finalmente, aun reflexionando sobre su aplicación a la ley suprema estaremos haciendo hermenéutica.

Quizá lo anterior se vea como un papel *muy modesto* para una teoría interpretativa jurídica que se espera haga completamente previsible la aplicación del derecho, pero tal posición nos parece mucho más *realista, honesta y adecuada* a la complejidad que hoy tiene la operación jurídica y especialmente la constitucional. No obstante, la formación de un consenso amplio sobre los principios y procedimientos generales a los que debe sujetarse la actividad interpretativa, asegura una mínima satisfacción a la seguridad y predictibilidad jurídicas en general y no sólo para el ámbito del orden fundamental,²⁴ lograrlo es el fin de la hermenéutica jurídica.

B. *La canonización del texto constitucional y sus implicaciones*

La interpretación constitucional recae sobre un texto *canonizado* como todos los jurídicos: la ley fundamental está “consagrada en uno o en un pequeño número de documentos escritos”.²⁵ Son muchas y muy importantes las consecuencias de lo anterior para la interpretación constitucional: 1) la autoridad y legitimidad del Constituyente se traslada al texto, de modo que será éste y sus posibles significados quienes regirán la conducta humana; 2) esta misma autoridad se transmite a su intérprete en tanto su decisión interpretativa se coloque entre las posibilidades de significado del texto con referencia a su contexto de aplicación; 3) el texto podría entenderse de diversos modos aun imprevistos para su autor o, como más claramente dice Iser, “proporcionará soluciones para todas las preguntas posibles [...] va a cobrar nuevas dimensiones que no existían cuando se selló”.²⁶

El texto constitucional no tiene autoridad propia, sino que ésta le es transmitida por su autor.²⁷ Al provenir del pueblo soberano y titular del poder constituyente, que a su través establece una organización política con un régimen de gobierno determinado;²⁸ el sentido de las disposiciones del texto constitucional está llamado a regir la vida estatal y social, y ello no podría hacerlo si no tuviera autoridad suficiente y el único que pudo proporcionársela es su creador.

La autoridad propia del texto constitucional da lugar a lo que quizá sea la implicación más relevante de su canonización: *la separación entre la voluntad subjetiva del Constituyente y la que objetivamente plasmó en la letra del texto que emitió*. Lo único que inclinaría a tener como fuente del derecho constitucional a aquélla y no a éste, sería pensar la Constitución como un “texto cuasisagrado” y atribuir a su(s) autor(es) cualidades “cuasidivinas” y “extraordinaria sabiduría y autoridad”, de las que careciéramos los mortales comunes y corrientes;²⁹ el “Constituyente histórico” es una ficción creada con el objeto de personificar,

²⁴ Troper, Michel, “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, p. 62.

²⁵ Raz, *op. cit.*, nota 19, p. 153.

²⁶ Véase *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, FCE, 2005, pp. 43 y ss.

²⁷ *Cfr. ibidem*, p. 46.

²⁸ Véanse Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José León Depetre, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, pp. 1203-1205; y Burgoa, *op. cit.*, nota 4, p. 251. Véase *supra*, cap. segundo, § II.1.B.a.

²⁹ *Cfr.* Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 656-657.

especialmente para fines de sencilla referencia, con cierta dignidad al autor de la Constitución: el pueblo titular de la soberanía —o sus representantes—,³⁰ y por lo tanto en el mejor de los casos no es más que un indispensable *mito fundacional* “contado a los niños pequeños”,³¹ el cual finalmente sólo tiene en la argumentación jurídica un peso limitado (mucho más o mucho menos, según el caso).³²

Partiendo de lo anterior, desde su emisión formal el texto de la Constitución se convierte en la fuente jurídica de las materias sobre las que versa y de su “fórmula solemne e inmutable”³³ provendrán las respuestas a las cuestiones jurídicas que a su respecto se planteen. Esto tiene graves implicaciones: primeramente su literalidad no puede dejar de tenerse en cuenta siquiera con algún sentido normativo mínimo, pues no se estableció gratuitamente,³⁴ y en segundo es ella y nada más la expresión “perfecta” y única de la voluntad constitucional a la que deberá atenerse el intérprete,³⁵ de manera que si los términos de la Constitución no especificaran alguna situación, habría de pensarse que su autor quiso mantenerla indeterminada y abierta —lo que es especialmente importante para los ámbitos de discrecionalidad que se otorga a los poderes públicos—.³⁶

La letra de la ley fundamental es el *material objetivado* de la interpretación, sobre el cual ninguna cuestión podría suscitarse acerca de su existencia y validez como elemento jurídico —o muy pocas e improbablemente—. Ella da un asidero real y un punto de acuerdo indisputable como referencia inicial a los intérpretes, ya que para bien o mal sus términos son los que tiene y no otros, y además constituye también un *límite claro y objetivo* —por débil que sea— para las posibilidades de significación que los intérpretes le establezcan.³⁷

¿Pero qué significa políticamente la transmisión de autoridad del Constituyente al texto de la ley fundamental? Que él y no otra cosa, por ejemplo: una pretendida “voluntad general” de impronta rousseauiana, expresada por una mayoría legislativa o sencillamente por un grupo amplio de la población —si fuera posible establecer su existencia con mínima certeza—, contiene la expresión de la voluntad del pueblo soberano. La Constitución es un “*texto autoritativo*”, de “autoría popular” soberana, por el cual el titular del poder constituyente —o sea el pueblo— determina los fines de su existencia comunitaria, los principios que la regirán

³⁰ Cfr. Carré de Malberg, *op. cit.*, nota 28, p. 1208.

³¹ Cfr. Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 194-199.

³² Véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 177 y ss.

³³ Luzzati, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 564.

³⁴ “Toda parte del artículo ha de traerse a la vista y la interpretación (*construction*) adoptada, que será congruente con sus términos, promoverá su intención general”, *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 398 (1821); en otros términos y referida a la integridad de un cuerpo legal y no a una sola de sus disposiciones, la misma opinión se reiteró en *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 439 (1935). “[T]ampoco [se] puede ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos”, STC 222/2006, F.J. 8.

³⁵ Cfr. Bluntschli, *Le droit public général*, trad. de Riedmatten, 1881, p. 6, citado en Gény, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, p. 186; y *Connecticut National Bank v. Germain*, 503 U.S. 249, 253-254 (1992).

³⁶ Véase Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 79.

³⁷ Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 47-48 y 56-57; y *supra*, cap. cuarto, § IV.5. “Que el objeto de la interpretación de las disposiciones legales sólo pueda ser el texto de la ley, resulta en el criterio determinante siguiente: el posible sentido de las palabras de la ley (*möglicher Wortsinn des Gesetzes*) marca el límite extremo de la interpretación judicial admisible”, BVerfGE 71, 108 (115).

y, en especial, su imperativo de que perdure “en las eras (*ages*) por venir”;³⁸ esta intención de pervivencia del texto constitucional es precisamente lo que explica la adopción de su forma escrita³⁹ y su canonización por la cual se impide que sus términos no sean cambiados sino a través de los medios formales establecidos para ello.⁴⁰

La segunda y tercera de las mencionadas consecuencias de la canonización del texto fundamental requieren una exposición conjunta, para mostrar que ella es el eje de la interpretación constitucional como una *actividad simultáneamente hermenéutica, jurídica y política*, que la entrelaza fuertemente con la legitimidad que para realizarla deben tener previamente sus sujetos —con carácter definitivo: los jueces constitucionales—, y que después se transmitirá a las decisiones resultantes de ella.⁴¹

Al expedirlo, el pueblo soberano transmite su autoridad legítima al texto que crea, y llegado el momento de su aplicación éste también inviste con ella al intérprete; de ninguna otra forma podríamos justificar que la vida estatal y social se rigiera bajo los términos de la ley fundamental, y según la interpretación que le den quienes la tengan a su cargo.⁴² Sin esa autoridad, el intérprete no podría dar significado o nuevos sentidos al texto⁴³ para ajustarlo a la realidad en la cual tiene que comprenderse; mas esta adecuación que enriquece el texto y así lo influye de alguna manera, sólo sería legítima en tanto se mantenga *dentro* de él, es decir dentro de los límites de sentidos posibles que el mismo posea; de esta guisa se muestra “la dualidad inamovible de la interpretación: es un acto tanto dominante como supeditado en relación con lo que se propone aclarar”.⁴⁴ La interpretación constitucional —y la jurídica en general— requiere para lo anterior de una interpretación que sea *acorde a las bases de su autoridad legítima*: el texto al que se refiere y que éste fuera expedido por el titular de la soberanía; de otro modo, sea porque alguien sin legitimidad política expidió la ley fundamental o porque el intérprete haya obliterado los sentidos textuales posibles, la interpretación realizada perdería toda legitimidad y también la autoridad misma del texto que requiere de su lectura para cobrar vida y tenerla.⁴⁵

Por otra parte, gracias a la autoridad que se les transmite, los intérpretes constitucionales podrían incluso establecer una “lectura correcta” del texto, aun pese a su literalidad, que le dé una significación más profunda de lo que indica su literalidad, de acuerdo con otras de sus partes, a fin de conseguir la integral realización de su sentido —o sea incluso proveer una interpretación *contra litteram* pero *secundum legem*—;⁴⁶ considerando que el derecho

³⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819).

³⁹ *Cfr.* Rubinfeld, *op. cit.*, nota 23, pp. 211-219.

⁴⁰ *Supra*, nota 33.

⁴¹ *Cfr. ibidem*, pp. 208-209.

⁴² *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 45-46, 52-55.

⁴³ Distinguimos así entre el “sentido” y “significado” de un texto. El primero se refiere a lo que éste quiere decir inmediatamente, su significado “*in abstracto*”; el segundo, a la realidad que el anterior designa, ya referido a un determinado contexto y comprendido en él, luego de realizarse la interpretación. *Cfr.* Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, FCE, 2004, p. 144; Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. de Carlos Manzano, México, Debolsillo, 2006, pp. 100-104.

⁴⁴ *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 46 y 69.

⁴⁵ *Cfr. ibidem*, pp. 50 y 54; y Rubinfeld, *op. cit.*, nota 23, p. 210.

⁴⁶ *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 50-55. “No sería impropio partir de la premisa de que, *aunque el espíritu de un instrumento, especialmente de una Constitución, debe respetarse no menos que su letra, incluso el espíritu debe recogerse primordialmente de sus palabras*. [...] Donde las palabras entran en conflicto entre sí, donde las diferentes cláusulas de un instrumento se influyen recíprocamente (*to bear upon each other*), y son incongruentes, a menos que la significación (*import*) natural y común de las palabras fuera variado; *se vuelve necesaria la interpretación* (construction), y un *alejamiento del obvio significado de las palabras sería justificable*”, *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. (4 Wheaton) 122, 202 (1819) (cursivas añadidas).

constitucional no sólo proviene de las disposiciones de la ley fundamental escrita, sino también de “ciertos principios e ideas directrices (*Leitidee*) que la mantienen unida (*verbindend*) y son inherentes a ella (*innerlich zusammenhaltend*), que el Constituyente [...] no concretizó en una disposición jurídica especial”.⁴⁷

La tercera característica que su canonización imprime al texto constitucional, la cual más claramente se aprecia luego de exponerse los elementos anteriores, lleva a que el intérprete le dé “comprensiones plenas de sentido” que no necesariamente coincidirían con la intención específica tenida en mente por el Constituyente al dictar sus disposiciones, pero que serían legítimas en tanto no se aparten de su pretensión general y se encuentren ancladas en las posibilidades semánticas de los términos del texto.⁴⁸ El Constituyente, al momento en que ésta se aplica, ya no tiene posibilidad de responder por sí mismo los cuestionamientos que se le hagan en las circunstancias actuales; el legado del texto constitucional es lo único que queda de él y para interpretar la ley fundamental “no hay nada establecido inamoviblemente (*Vorgegebenheit*) salvo el texto de la Constitución”.⁴⁹

Finalmente, porque es expresión última y definitiva de la voluntad del Constituyente, el texto constitucional canonizado no puede anquilosarse en las miras que tuvo éste sino, como expresó Iser, ha de cobrar “nuevas dimensiones que no existían cuando se selló”,⁵⁰ impuestas sobre todo por la cambiante y cada vez más compleja vida social. Éste punto toral se refiere a la *legitimidad substancial* de la Constitución,⁵¹ si ésta debe interpretarse “de acuerdo con las bases de su legítima autoridad” y tal se la proporciona, si no la aprobación formal, al menos la conformidad popular con su contenido, debe haber una interpretación de la ley fundamental que dé un sentido a sus disposiciones, tendiente a lograr esas “exigencias de legitimidad”,⁵² pero tal es un tema al que nos adentraremos luego.⁵³ Precisamente, en esto último se manifestaría la más teleológica —criterio de cuyo uso todos estaríamos de acuerdo en su corrección— de todas las interpretaciones constitucionales posibles: “creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta, en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades [...] con] el respeto total a la dignidad humana y a su libertad”.⁵⁴

En su importante resolución sobre la constitucionalidad de disposiciones anteriores a la Ley Fundamental, afirmándose en las anteriores consideraciones el Tribunal Constitucional Federal alemán expuso lo que podríamos llamar “bases” de una “teoría general contemporánea” de la interpretación jurídica, que corresponden a las tesis hermenéuticas que acabamos de presentar, y consideramos —como también aparentemente hace el mismo

⁴⁷ BVerfGE 2, 380 (403).

⁴⁸ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 30.

⁴⁹ Häberle, Peter, “Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem ‘zeitgerechten’ Verfassungsverständnis”, en Dreier, Ralf, y Friedrich Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, p. 317.

⁵⁰ *Op. cit.*, nota 26, p. 44.

⁵¹ *Supra*, cap. segundo, notas 537 y 538.

⁵² Cfr. Rubinfeld, *op. cit.*, nota 23, pp. 209-210.

⁵³ *Infra*, § I.3.

⁵⁴ Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 175-176.

tribunal— aplicable a la constitucional.⁵⁵ Los lineamientos de esta decisión pueden sintetizarse en los siguientes puntos:⁵⁶

- 1) La “teoría objetiva”⁵⁷ siempre ha tenido mayor reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia y, según ella, “es [...] objeto de la interpretación *la ley misma*, la voluntad del legislador objetivada en la ley”, apoyando lo dicho el pensamiento de Radbruch.⁵⁸
- 2) “Para comprender la voluntad objetiva del legislador se permiten todos estos métodos de interpretación[: gramático, sistemático, teleológico e histórico]. Ellos *no se excluyen unos a otros* sino se complementan entre sí”.⁵⁹
- 3) Ese mismo tribunal ya había señalado en anteriores ocasiones⁶⁰ que “para la interpretación de un precepto legal es determinante la voluntad objetivada del legislador que en él obtiene expresión, así como resulta ella de la *literalidad (Wortlaut)* de la disposición legal y del *contexto semántico (Sinnzusammenhang)*”; “[l]a ‘voluntad del legislador’ es la voluntad objetivada en la ley”.
- 4) También apoyándose en los mismos precedentes, por el contrario “no son decisivas” las “representaciones subjetivas” y los motivos —en ambos casos, colectivos o individuales— de los participantes en el proceso legislativo, “en tanto ellos no hayan encontrado expresión en [el texto] la ley” y, en consecuencia, la génesis (*Entstehungsgeschichte*) de un precepto sólo tiene importancia en tanto “confirme la corrección de una interpretación obtenida por los indicados principios o esclarezca (*beheben*) una duda que por ese solo camino no se pudo eliminar (*ausräumen*)”.

Más que sobre una metodología detallada y con una respuesta inequívoca para cada situación que se suscitare en la interpretación, la seguridad jurídica que provee el orden fundamental está apuntalada por la canonización del texto constitucional que le da precisión y estabilidad.⁶¹ Esa misma acción transmitió la autoridad de éste a sus (indispensables) intérpretes y “[e]l derecho constitucional devendrá —así puede decirse exageradamente— en la dirección del proceso de su aplicación por el Tribunal Constitucional”,⁶² para el cual la

⁵⁵ *Supra*, cap. segundo, § I.1. *Cfr.* Bleckmann, Albert, “Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 10, 2002, p. 942; e *infra*, nota 112.

⁵⁶ BVerfGE 11, 126 (129-132) (cursivas añadidas a los textos que seguidamente se transcribirán).

⁵⁷ El tribunal alemán distingue entre teorías “objetiva” y “subjetiva” de la interpretación, entendiéndolas en el sentido de que la primera apunta como fin de esa actividad establecer el “verdadero” significado de la formulación literal de las disposiciones jurídicas y, la segunda, desentrañar la “verdadera” voluntad del sujeto autor de las disposiciones jurídicas; como antes señalamos, en realidad ambas pueden tenerse como una posición “objetivista” *lato sensu*, en tanto tienden al conocimiento de un elemento sin influencia alguna del intérprete y sus prejuicios. Véase *supra*, cap. primero, § II.3.A.

⁵⁸ “El Estado no habla por las expresiones personales de los participantes en la formación de la ley, sino sólo en la ley misma. La voluntad del legislador coincide con la de la ley”, *Rechtsphilosophie*, 4a. ed., 1950, pp. 210-211.

⁵⁹ *Supra*, nota 6.

⁶⁰ BVerfGE 1, 299 (312); y 10, 234 (244).

⁶¹ *Cfr.* Gény, *op. cit.*, nota 35, p. 204; y Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 14-15.

⁶² Walter, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 125, 2000, p. 531.

voluntad subjetiva del Constituyente no será más que un elemento subsidiario, que alguna relevancia tendrá pero no principal o absoluta.⁶³

C. *Necesidad y posibilidad de diversas interpretaciones: una hermenéutica analógica para la Constitución*

a. El texto constitucional y su interpretación en la sociedad contemporánea

La interpretación constitucional está llamada a satisfacer urgentes necesidades de la sociedad contemporánea:⁶⁴ hacer posible la convivencia de grupos en la colectividad, tan diferentes que sus intereses no sólo se encuentran en oposición sino en una *permanente tensión*; y derivado de lo anterior, una *actualización de su lectura* mucho más constante de lo que previó el constitucionalismo pionero.⁶⁵

El escenario neobarroco que ha construido la posmodernidad en nuestras actuales sociedades,⁶⁶ proscribire “un concepto de razón monolítico, prepotente e impositivo”; la verdad absoluta como un concepto general y común a todos los seres humanos dejó de buscarse —siquiera por un tiempo— al reconocérsele inalcanzable.⁶⁷ Las graves contradicciones en nuestras sociedades, que ponen en peligro la misma civilización⁶⁸ —y ni hablemos de los retos tecnológicos que se nos presentan—, no podrán resolverse sin un sustento filosófico que sirva de eje y referencia común a la diversidad social resultante en “una voluntad de forma que está

⁶³ El Tribunal Constitucional Federal alemán da ese lugar al procedimiento legislativo (constitucional), limitando su función a la corroboración de los resultados obtenidos por otros criterios o a disipar dudas —y lo mismo hace la jurisdicción española—; mas no obstante la claridad de su postura sobre el carácter secundario de la “voluntad del legislador”, también recurre frecuentemente a ella y en ocasiones le ha dado “un peso especial” pero muy contadamente de manera aislada —*idem*—. Cfr. Bleckmann, *op. cit.*, nota 55, p. 943; Sachs, Michael, “Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Colonia, Carl Heymann, año 99, 15 de enero de 1984, pp. 74-75 y 80-82; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 205-207.

⁶⁴ De acuerdo con las funciones de orientación, actualización y control que tiene esa actividad. Véanse Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, pp. 298-307; y Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, pp. 93-95.

⁶⁵ Marshall sostuvo reiteradamente la pervivencia de la Constitución y su adaptabilidad como medio para lograrla. Véanse *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 416 (1819); y *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 387 (1821).

⁶⁶ La mexicana no es la excepción y hasta la podríamos tener como paradigma —o quizás así la vemos por nuestra perspectiva—. En este país no se requirió una declaración nietzscheana para que varios “Dioses” murieran o florecieran temas culturales que permanecieron ocultos durante siglos (la cuestión indígena sin duda es uno de los principales), que aun con radicalismo exigen una atención (merecida) y respuestas satisfactorias todavía pendientes.

⁶⁷ Véase Beuchot, Mauricio, “Hermenéutica débil y hermenéutica analógica. Compendio de presentación”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 11-15.

⁶⁸ “De un lado están los feministas, los activistas homosexuales, los ambientalistas, los celosos defensores del derecho al aborto y de la *affirmative action*, y similares; del otro, los fundamentalistas religiosos, los defensores de los valores familiares tradicionales y los vehementes opositores al derecho al aborto y a la *affirmative action*. Ya que por lo general no hay punto medio entre estos dos grupos, en la medida con que su antagonismo incrementa en vehemencia, amenaza con provocar una división en la identidad del país; abundando, como la mayoría de estos temas polémicos terminan por llegar a la Suprema Corte y la Constitución ha desempeñado un papel protagónico en la conformación de la identidad nacional, el juicio constitucional se ubica en la vanguardia de las guerras culturales y la lucha sobre la evolutiva identidad de la nación”, Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, p. 664. Véase Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 163.

atrapada entre dos tendencias contrapuestas [...] y que está además empeñada en el esfuerzo trágico, incluso absurdo, de conciliarlas”, en la cual con buena medida ha consistido el sentimiento de nuestro tiempo y que en extremo llegaría a “[u]n mundo que vacila, un orden carcomido por su propia inconsistencia, que se contradice a sí mismo y se desgasta en ello hasta el agotamiento; junto con él, una confianza [...] que se desvanece sin remedio”.⁶⁹

Si quiere permanecer como forma imperante de organización política de la sociedad humana, o por lo menos mantener su solidez porque hoy no se otea una alternativa viable,⁷⁰ el Estado (y por consiguiente el derecho constitucional) no puede renunciar a encontrar fórmulas que permitan la unidad de sus partes, mas con el debido respeto a sus disimilitudes. El punto de común referencia para todos los actores sociales, el acuerdo mínimo que necesita la colectividad para subsistir, desde hace mucho que se tiene: es nada menos que la Constitución,⁷¹ pero ésta requiere en las condiciones apuntadas de *una interpretación abierta a la diferencia pero que no siempre ceda pragmáticamente a ella*, porque se funde en una objetividad bastante para impedir la disolución constitucional en el solipsismo o la desaparición real de su contenido en un nihilismo franco o disimulado.

Lo menos que se espera de una teoría de la interpretación constitucional, es que lleve el texto constitucional a solucionar estos problemas con un grado suficiente de objetividad, que permita “dar un margen a la interpretación que no la cierre en lo unívoco, pero que tampoco la dispare a la fragmentación e incomunicabilidad de lo equívoco”. Tal es el fin de la hermenéutica analógica propuesta por Mauricio Beuchot, y por eso pensamos que responde muy bien a este desafío.⁷²

Que la interpretación constitucional tiene un perfil hermenéutico y no exclusivamente lógico-deductivo se desprende la injerencia de la *precomprensión del intérprete* en ella, quizá aun más manifiesta que en otras áreas jurídicas. Por la amplitud de sus términos, cuyo contenido muchas veces tiene que crear el propio intérprete, la praxis constitucional no puede mantenerse desvinculada de una teoría material y formal —pero concebida *lato sensu* como veremos— que le sirva de orientación;⁷³ y eso no deja de admitirlo una de las visiones positivistas más fuertes —en todo sentido— de nuestro tiempo: aun teniendo como “absolutamente contingente” la filosofía liberaldemocrática de las Constituciones actuales, Ferrajoli —y seguramente muchos piensan como él— no deja de reconocer que el derecho en general y particularmente el constitucional “no es un fin en sí, al ser sus fundamentos axiológicos siempre externos [...] respecto de sí mismo y los valores por él tutelados”.⁷⁴

La manera en que se construye esa teoría orientadora de la interpretación constitucional, en buen grado concierne a la ciencia jurídica pero también, y quizá con mayor fuerza, a la experiencia histórica de cada Estado. La academia es un “factor esencial y un participante activo” de la interpretación constitucional: provee a los intérpretes oficiales una formación sustancial y metódica que refleja su actuación, y así éstos (indirecta e informalmente) hacen de

⁶⁹ Echeverría, Bolívar, *La modernidad de lo barroco*, México, Era, 2005, pp. 13-14 y 44.

⁷⁰ Incluso el desarrollo político de frontera que es la Unión Europea, no se aparta del modelo estatal y no se prevé que lo haga; la misma soberanía de sus miembros incluso es su base fundamental. Véase *supra*, cap. tercero, nota 290.

⁷¹ Véase *supra*, cap. segundo, § II.1.B.

⁷² *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Ítaca, 2005, p. 115.

⁷³ *Supra*, nota 16. “Desligada de la realidad, es decir de la práctica, la teoría no es sino apenas un juego. En cambio, cuando se aferra a una práctica, la teoría puede contribuir a encarar ciertas situaciones proveyendo los útiles conceptuales apropiados”, Klein, *op. cit.*, nota 31, p. 199.

⁷⁴ *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, pp. 31 y 43.

la ciencia del derecho una verdadera intérprete de la Constitución.⁷⁵ La experiencia histórica de cada país aporta al intérprete elementos para apreciar la realidad en la que habrá de comprenderse el sentido del texto constitucional, y calificar los requerimientos que ella exige para salvaguardar los valores esenciales de la Constitución, que necesariamente diferirán en cada país de acuerdo con las circunstancias que guarden; en diversos escenarios un mismo texto constitucional no tendrá igual referencia y por ello carecerá de una comprensión perfectamente idéntica en todos ellos.⁷⁶

Pocos elementos podrían tenerse como “precomprensiones” hermenéuticas tan inobjetablemente como los anteriores: uno provee una *estructura de pensamiento* (intelectual y cultural) desde la cual se enfocará la cuestión interpretativa de que se trate; el otro es nada menos que una *tradición cultural* inherente a todo intérprete y que muy probablemente constituye la “rueda” más grande en el mecanismo de un “proyecto histórico existencial” (del Estado como “nación” y de los individuos que forman su elemento humano), al cual no se sobreponen ni lo cubren el texto de la ley fundamental y su interpretación sino solamente se insertan en él.⁷⁷

b. Analogía e iconicidad del texto de la Constitución

La interpretación analógica de lo político, una de cuyas manifestaciones es por supuesto la constitucional, requiere principios —que se encuentran establecidos en la ley fundamental— que no sean totalizantes y absolutos, es decir que mantengan abierta la posibilidad de diversas alternativas de concretización, y desde luego a su libre comunicación y discusión; de tal manera que la completa ausencia de ellos no produzca la equivocidad en la dirección de la sociedad por la falta de toda orientación, pero tampoco se inclinen al univocismo (totalitario) de imponer para toda ocasión una solución unívoca que cierre la posibilidad de diálogo entre los actores sociales. Al cabo, “[e]l *texto* político es intrínsecamente intersubjetivo y dialógico”, lo cual es particularmente aplicable al constitucional.⁷⁸

La interpretación constitucional no puede aferrarse al univocismo y pretender que el texto de la ley fundamental tenga un único significado y que cualquier otro deba ser de plano rechazado; pero tampoco puede, atenta la certeza y predictibilidad que esencialmente caracterizan el derecho, diluirse en un equivocismo que lleve a solucionar las cuestiones

⁷⁵ Häberle, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 85 y 88. Alexy dedica muchas páginas a explicar la utilidad de las construcciones dogmáticas para la interpretación, en *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 41 y 307 y ss.

⁷⁶ Un ejemplo que refleja bien lo anterior es la ampliación del margen nacional de apreciación que en materia política otorga el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por la cual más laxamente admite la restricción de derechos fundamentales —concretamente al acuñar ese criterio: la participación política de los policías húngaros— “para asegurar la consolidación y el mantenimiento de la democracia”, de acuerdo con las circunstancias de cada país (*Rekvényi c. Hongrie*, núm. 25390/94, fondo, 20 de mayo de 1999, § 46).

⁷⁷ Véanse *supra*, cap. primero, nota 162; y Vattimo, Gianni, “¿Hermenéutica analógica o hermenéutica anagógica?”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 29-30 y 39; y Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales” (trad. de Miguel Carbonell), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, p. 314.

⁷⁸ *Cfr.* Elía, Óscar, “Hermenéutica analógica y política”, en Sánchez Flores, Abraham (comp.), *Hermenéutica analógica y filosofía actual*, San Luis Potosí, UASLP, Instituto de Investigaciones Humanísticas, 2006, pp. 66-68 (cursivas en el original del texto transcrito).

constitucionales de un modo arbitrario. El intérprete debe seleccionar el significado “válido” del texto constitucional para el caso concreto, entre el elenco de los que sean “admisibles” con referencia a ese texto.⁷⁹

La gran mayoría de las disposiciones de la Constitución —y aun podríamos decir que todas por la natural “textura abierta” del lenguaje—, admiten varias interpretaciones que se expresan por enunciados que “traducen” o “reformulan” sus términos;⁸⁰ éstos no pueden ser idénticos a aquéllas —sería una mera “reiteración” y no una de las acciones anteriores, lo que negaría la interpretación— pero mantienen una “analogía”, una “igualdad proporcional”, tanto con el texto como entre ellos mismos por su modelo común; dentro de un “rango de variabilidad”, el paradigma textual y los enunciados interpretativos resultantes de él, por una parte significan lo mismo y por otra algo diferente.⁸¹ Pero dado que dichas interpretaciones posibles no tienen por completo las mismas propiedades —si no serían idénticas y no analógicas—, la parte que de ellas resulta diferente les da sendas y diversas maneras de referirse al contexto en que se requiere su aplicación, las cuales ocasionan que, a pesar de ser todas “admisibles”, se organicen en una jerarquía según sus “grados de aproximación a la fidelidad al texto”, “o si se quiere, a la adecuación hermenéutica”.⁸²

Los signos lingüísticos en que se expresan las disposiciones constitucionales, de acuerdo con la hermenéutica analógica, habrían de considerarse “íconos”; nos parece que lo anterior tiene un sentido muy profundo.⁸³ Por una parte, con alguna superficialidad puede decirse que ellos no son en realidad “signos” *stricto sensu* que refieren unívocamente a la realidad, ni “símbolos” que se fundan en un mero convencionalismo; el lenguaje constitucional es un “ícono” que tiene un sentido objetivo mínimo y el cual puede reconocer cualquier intérprete, pero más allá de ese rango de certeza —muchas veces insustancial en la práctica, pues no refiere más que un concepto abstracto—, requiere la convención de los intérpretes para su precisa referencia a un contexto determinado; un ejemplo de ello serían los “conceptos esencialmente controvertidos”⁸⁴ como “justicia” o “dignidad” que usan nuestras leyes fundamentales contemporáneas.

Esto lleva a otra característica del ícono: “favorece el diálogo” —algo muy importante en nuestro ámbito—. ⁸⁵ Ante un signo con una absoluta significación (índice) no cabe discusión sino implacable imposición de su sentido, el “símbolo” en sentido estricto tampoco admite la posibilidad de un intercambio de mensaje entre las personas por la insuperable equívocidad

⁷⁹ Sobre esta distinción véase Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 53-55.

⁸⁰ Tengamos ahora por realizada la actividad estrictamente semiótica de la interpretación, por la cual se establece el sentido del texto pero no su inserción en el contexto de aplicación; que no presenta grandes complicaciones por el momento. Los enunciados a que nos referimos por el momento son los inmediatamente previos a que culmine la interpretación.

⁸¹ Beuchot, *op. cit.*, nota 72, p. 53.

⁸² *Cfr. ibidem*, p. 116; y Beuchot, *op. cit.*, nota 21, p. 38.

⁸³ Véase *supra*, cap. primero, notas 121 y 122.

⁸⁴ Véase *supra*, cap. segundo, § IV.1.B.b.

⁸⁵ Beuchot, *op. cit.*, nota 72, p. 194 (cursivas añadidas). Esto también es resultado de las posibilidades analógicas del texto constitucional. La tutela de los valores que la integran implican un consenso amplio entre los ciudadanos (*supra*, nota 71), pero a éste puede llegarse a pesar de la diferencia de los motivos que tienen los individuos para conformarse a ellos; por ejemplo: dos personas puede estar de acuerdo en que el fin de la organización estatal sea proteger la dignidad humana, aunque uno llegue a esa conclusión por derivarla exclusivamente de su convicción religiosa y el otro sólo por considerar esa salvaguarda necesaria para la convivencia social. Lo mismo puede ocurrir en el seno de la jurisdicción constitucional, como muestran los nada insólitos votos concurrentes: sus juzgadores estarían de acuerdo en una conclusión jurídica, aunque diferirían en las razones para adoptarla.

que su arbitrariedad le da; en cambio el “ícono” lingüístico —o al menos considerados dichos signos como tales— no obstante dar a los sujetos una referencia común, propicia su acercamiento por la necesidad de precisar su significado.

Finalmente, por su naturaleza sinécdoquica el ícono alienta “partir de un conocimiento fragmentario y avanzar hasta la totalidad, hasta el universal”: cada interpretación refleja una porción de la realidad en la que el se inserta signo lingüístico de la ley fundamental (o jurídico en general), mas de ese conocimiento parcial, dado sucesiva y acrecientemente, va configurándose el concepto abstracto que refiere el ícono constitucional, y de vuelta éste determina sus posteriores referencias al mundo.⁸⁶

D. Ciencia y arte de la interpretación constitucional

a. Criterio de validez

¿Pero cuál sería el criterio de validez de la interpretación constitucional ante la “analogía” y “sinécdoque” de sus alternativas “admisibles”? La intención del Constituyente expresada en el canon de la ley fundamental, porque el sentido de éste se pretende referir en un contexto; es cierto que la interpretación tiene que ser en alguna medida originalmente creativa, por la participación en ella de la perspectiva del intérprete, pero su función es la “consideración de la realidad bajo el punto de vista de la norma” y lo creativo en ella “no está libre de vínculo con lo previamente establecido (*vorgegeben*) por [ella]”.⁸⁷

El intérprete no tiene una autoridad jurídica o política propia: la suya proviene del texto constitucional y éste la obtiene de su autor, por lo que el primero debe procurar ser fiel al último.⁸⁸ Pero sabemos que un perfecto apego a la *intentio auctoris* es imposible, porque en la lectura y contextualización de su obra interviene la *intentio lectoris*: “el texto ya no dice exactamente lo que quiso decir el autor; ha rebasado su intencionalidad al encontrarse con la nuestra”;⁸⁹ lo que es peculiarmente significativo para la interpretación constitucional, la cual se lleva a efecto en una realidad cambiante —más o menos que otras, pero siempre en movimiento—, no sólo en cuanto a su referencia material sino también de sus mismos intérpretes individuales.

Sobre todo en el ámbito jurídico en el que es impensable una interpretación alegórica —la literaria generalmente no exige tal escrúpulo—, la cercanía con la intención del autor es el criterio que jerarquiza las diversas significaciones que es posible dar al texto y establece la que resultará válida, es decir aplicada finalmente por el operador al ser la “correcta” entre todas ellas; buscarla en el máximo grado posible es lo que nos debe preocupar y no tanto mantenernos abiertos a la equívocidad, pues esto último ya se da naturalmente por las diferentes perspectivas que tienen del texto sus diversos intérpretes.⁹⁰ Apartándonos de los postulados generales de la hermenéutica, nos parece necesario subrayar para la tradición interpretativa constitucional, una “preocupación” por mantenerla abierta y sensible a la equívocidad analógica, y matizar el sentido en que opinamos lo anterior.⁹¹

⁸⁶ *Supra*, cap. primero, notas 119 y 120.

⁸⁷ *Cfr.* Starck, Christian, “Die Verfassungsauslegung”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 199.

⁸⁸ *Supra*, § I.2.B., y cap. primero, nota 24.

⁸⁹ Beuchot, *op. cit.*, nota 21, p. 38; e *idem*, *op. cit.*, nota 72, p. 56-57.

⁹⁰ *Cfr. ibidem*, p. 53.

⁹¹ Véase *ibidem*, nota 72, p. 158.

Toda interpretación tiende necesariamente a la diversidad, pero —al menos así lo apreciamos— la jurídica es por diversas razones “cerrada” a ella y difícilmente la admite: deben haber muy, pero muy, buenas razones para que cambie el significado dado a los textos jurídicos. La “apertura” a la equivocidad que sostenemos no desconoce tal ineluctable tendencia, mas tampoco promueve un relativismo desbocado; sencillamente apuntamos a que debemos estar conscientes de la *posibilidad* de que el contexto en el cual vaya a comprenderse el sentido del texto, exija dar a éste una significación diversa a la tradicional o de la que nos parezca adecuada a primera vista —ni más ni menos que una duda metódica cartesiana—.

Regresando al asunto de este epígrafe, también debemos aclarar que el apego a la intención del Constituyente como criterio de validez hermenéutica, no implica necesariamente complacer su voluntad histórica. Ya vimos que la génesis del texto constitucional puede ser útil para su interpretación mas no determinante;⁹² el respeto a la *intentio auctoris* alude —dentro de una perspectiva verdaderamente hermenéutica— a reconocer de sus objetivos generales y su satisfacción en el contexto real y actual en que se da la interpretación, antes que sacralizar al autor constitucional y la forma en que entendió su propia obra. Hacia allí apunta el “logos de lo razonable” que postuló Recaséns Siches —y también Perelman⁹³—, a una interpretación que nos haga

proceder razonablemente, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo [...] y, conjugando lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno, llegar a una solución satisfactoria [...] desde un punto de vista estimativo, desde un punto de vista de valoración. [...] de lo que el orden jurídico considera como sentido de justicia.⁹⁴

La voluntad del Constituyente como fuente jurídica no es más —ni menos— que lo expresado en el texto de la ley fundamental y actuando dentro de sus límites de significación el intérprete no dejará de cumplir aquélla; para decirlo con Dworkin, una referencia casi obligada en este punto, las “concepciones” del intérprete no dejan de caber en los “conceptos” que el autor de la Constitución incluyó en sus disposiciones.⁹⁵ Pero éste también es límite; si se saliera de las posibilidades de sentido que tuviera ese objeto, el intérprete no realizaría la “traducción” en que consiste la interpretación, sino *inventaría* normas jurídicas constitucionales con una autoridad que no le corresponde porque de ningún modo se la suministra el texto.⁹⁶

Como límite interpretativo la objetividad textual impide que sea lícito descartarlo en el procedimiento hermenéutico del cual es elemento básico —sin texto no hay interpretación de nada—. Ni lo “absurdo” o “injusto” de las consecuencias de su(s) sentido(s) —y ni hablemos de si es posible un consenso sobre tales calidades—, como alguna vez dijo de paso la Suprema Corte norteamericana y más con un giro oratorio que como afirmación deliberada,⁹⁷ harían justificable como interpretación una “lectura” *contra legem* del texto constitucional, que lo

⁹² *Supra*, nota 63.

⁹³ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 55, 63 y 91-92.

⁹⁴ *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 661.

⁹⁵ *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002, pp. 134-137.

⁹⁶ *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 68-69.

⁹⁷ “Pero si, en algún caso, ha de desatenderse el significado llano de una disposición, no contradicha por otra en el mismo instrumento, porque creemos que los redactores de ese instrumento pudieron no pretender lo que dijeron; tendría que ser uno en que el *absurdo y la injusticia* de aplicar la disposición al caso fuera tan monstruosa que *toda la humanidad*, sin dudar, se uniera en rechazar tal aplicación”, *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. (4 Wheaton) 122, 202-203 (1819) (cursivas añadidas).

volatilice como propuso la tendencia radical de la *living Constitution*.⁹⁸ También la seguridad y predictibilidad —aunque fueren exiguas— resultantes de la objetividad del texto constitucional y la conformación analógica a él de su enunciado interpretativo, se erigen como una manifestación de justicia, y sólo estaría permitido soslayarlas si lo exigieran otros valores o principios desprendidos de otros elementos integrantes de la ley fundamental.⁹⁹

b. El método de la hermenéutica constitucional

Traer a consideración los llamados “métodos” de la interpretación jurídica (literal, sistemático, etc.) y recordar que, de acuerdo con una acepción desusada del término, no son sino “puntos de vista metódicos” y no un “procedimiento de investigación ordenado, repetible y autocorregible, que garantiza la obtención de resultados válidos”,¹⁰⁰ hace descartar que por sí solos expliquen y justifiquen suficientemente la acción de dar significado a la ley fundamental, pues les falta considerar otros aspectos del acto hermenéutico.¹⁰¹ Asimismo no deja de ser una visión fragmentada de la interpretación constitucional, el (hoy ya clásico) inventario de métodos que Böckenförde formula y critica —ya usando el término con más apego al concepto estricto que dimos—;¹⁰² todos ellos son puntos de vista que no pueden soslayarse al construir y comprender el sentido de la Constitución en un contexto determinado.

Los “métodos” tradicionales de interpretación jurídica son, como en realidad señaló Savigny, aspectos diferentes y esenciales de la ley que no pueden escindirse de ella y por lo tanto tampoco habrían de ser omitidos en la interpretación de la Constitución. Pero ellos se agotan en establecer simples relaciones semióticas *stricto sensu*, es decir del sentido de la ley, que no consideran expresamente cómo llevar ésta a un contexto determinado; su función es representar puntos de vista que se relacionan argumentativamente y complementarse para indagar el contenido del sentido (*Sinngehalt*) de la norma en vista del caso particular.¹⁰³

Este último aspecto lo recuperan los puntos de vista tópico y realista, aunque enfatizándolo casi totalmente —lo que se explica porque son posiciones contestatarias a la tradición—. “El pensar jurídico es problemático” y “[s]u estructura básica es tópica”, porque gira en torno a una cuestión práctica a resolver normativa y categóricamente; si sólo se establecieran posibilidades de sentido textuales, sin referirlas a su comprensión dentro de una situación fáctica (actual o potencial), no hay actividad interpretativa sino semiótica como más adelante

⁹⁸ Véase *supra*, cap. segundo, § V.2.B.

⁹⁹ *Cfr. supra*, nota 46; y Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2000, pp. 44-45.

¹⁰⁰ *Supra*, cap. primero, nota 255.

¹⁰¹ *Supra*, § I.1.

¹⁰² Este autor expone los siguientes métodos: “*clásico-hermenéutico*”, identificable con el atribuido a Savigny y que parte de la equiparación de la Constitución a la ley; el “*tópico-problemático*” que atiende a la relevancia de la adecuación de las normas constitucionales al caso concreto; el “*epistemológico-realista*” (*wirklichkeitswissenschaftlich orientiert*) cuya tesis central es que “el sentido y la realidad de la Constitución, no su literalidad y su concepción dogmática, han de configurar el fundamento y la medida de su interpretación”; y el de “*concretización*” que sostiene Konrad Hesse (*op. cit.*, nota 7, pp. 24-26), por el cual —mezclándose con el método “tópico”— la interpretación de ley fundamental consiste en precisar creativamente y de manera específica para el caso concreto, los aspectos indeterminados de sus disposiciones. “Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 29, núm. 46, 16 de noviembre de 1976, pp. 2089 y ss.

¹⁰³ Starck, *op. cit.*, nota 87, p. 203.

detallaremos.¹⁰⁴ Tal flanco de la interpretación jurídica lo percibió la Suprema Corte norteamericana; para la cual esa actividad consiste en dar sentido a los enunciados del texto jurídico “a la luz de la particular materia que se tenga a la mano (*the particular matter in hand*) y los fines que se busca lograr”, en lo cual las palabras que emplee serán “calificadas por sus circunstancias (*surrounding*) y conexiones”.¹⁰⁵

Finalmente, la reformulación del texto constitucional no deja de ser una concretización del mismo que traduce sus términos indeterminados en enunciados normativos específicos para el caso concreto. Ambos —disposición y norma— guardan una relación sinecdótica, no viciosamente circular como señaló Böckenförde: la interpretación produce un nuevo enunciado que reformula el modelo textual y, aunque éste es su punto de partida, nunca vuelve (plenamente) a él al desarrollarse en forma espiral,¹⁰⁶ y tampoco elimina su sentido o los demás significados que se le hayan dado sino se agrega a ellos, a menos que se haya reconocido el error de su formulación.

La interpretación constitucional (y jurídica en general) no se limita a uno de los aspectos que pone de relieve cada método de la nómina del citado profesor germano, sino que todos exponen una perspectiva diferente de esa actividad y así contribuyen a la sistematización del estudio de esa labor, aunque de un modo procedimental y no material como hacen los “métodos” savignianos;¹⁰⁷ cualquier esfuerzo teórico interpretativo deberá integrar a todos ellos y darles la relevancia que ameriten, para tener un horizonte hermenéutico más completo y buscar con ello la máxima objetividad en la significación del texto fundamental. Para esta integración son muy adecuadas las etapas de intelección, explicación y aplicación —que anotamos sólo como esquemáticas aunque necesarias, ya que es variable la forma de su desarrollo—; realizadas según las *subtilitates* correspondientes a cada una, que despliega el intérprete al formular diversas hipótesis, luego de un nivel preliminar de su indagación que llevó a efecto desde y para su precomprensión, y la cual orientó el problema al cual se aplicará el significado final del texto.¹⁰⁸

Se aprehende intelectivamente el sentido de la Constitución mediante un examen de los elementos semántico, sintáctico y pragmático de sus enunciados, el cual hace consistir la etapa de intelección en la dimensión estrictamente semiótica que tiene toda interpretación; de ello resulta un entendimiento abstracto del texto de la ley fundamental, aún sin referencia al contexto —lo que ya es materia de la hermenéutica propiamente dicha—.¹⁰⁹ Ésta se da por un “primer contacto” adicional al preliminar que contribuyó a formar la precomprensión del intérprete, y por el cual se establecen los grados de correspondencia de las diversas hipótesis interpretativas formuladas hasta este momento, con el contexto en el que se busca insertarlas.¹¹⁰ Por último, la aplicación de los sentidos del texto jerarquiza las alternativas admisibles y concluye que una de ellas debe adoptarse, porque tiene un mejor balance que

¹⁰⁴ “*Juristisches Denken ist Problemdenken. Seine Grundstruktur ist topisch*”, Ehmke, *op. cit.*, nota 2, p. 368. Véase también Atienza, *op. cit.*, nota 1, pp. 74-75; aunque lo anterior debe tomarse con ciertas reservas según Dreier, *op. cit.*, nota 4, pp. 116-117. Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 25; y Alexy, *op. cit.*, nota 75, p. 202.

¹⁰⁵ *Cherokee Intermarriage Cases*, 203 U.S. 76, 89 (1906).

¹⁰⁶ *Supra*, cap. primero, nota 158.

¹⁰⁷ Cfr. Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, p. 288.

¹⁰⁸ Véanse Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 24-27; *idem*, *op. cit.*, nota 21, p. 19; y Larenz, *op. cit.*, nota 6, pp. 309-310.

¹⁰⁹ Véanse Luzzati, *op. cit.*, nota **¡Error! Marcador no definido.**, pp. 563 y 572-579; y Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 30-31.

¹¹⁰ Cfr. Eco, *op. cit.*, nota 43, p. 247.

otras respecto de la objetividad del texto y su adecuación a las circunstancias que componen el contexto fáctico al cual se refiere.

La validez de las conclusiones de este procedimiento en general y de cada una de sus etapas, se sostiene por una *argumentación dialéctica*. Ésta implica la construcción de un discurso por el cual se expresan razones que persuaden a escoger una(s) alternativa(s) interpretativa(s) —según se trate de los niveles intelectual y explicativo o el culminante de aplicación— y no otra(s). Denota el calificativo que le damos denota que dicha argumentación ha de considerar las diversas alternativas de significación y no tender al apoyo dogmático de una sola de ellas, a fin de escoger la que tenga una aplicación más razonable; “la hermenéutica no podrá usar una argumentación monológica sino dialógica. Se trata de una interpretación puesta a debate”, y aun para el mismo intérprete —si desea la corrección de su proceder—. ¹¹¹

La contradicción que metódicamente debe darse en la argumentación interpretativa no es garantía absoluta de que se alcanzará certeza definitiva sobre su resultado, sino que en la medida de lo posible constituye una prevención contra resultados precipitados, sesgados o meramente equivocados; pero sin ella la interpretación tendría una probabilidad mucho mayor —y en algunos casos, el destino— de caer en la incorrección. Más claro no pudo expresarlo el Tribunal Constitucional Federal alemán diciendo que

La interpretación, y en particular la del derecho constitucional, tiene el carácter de un discurso en el que no se ofrecen declaraciones absolutamente correctas e indudables entre expertos, aun con impecable labor metodológica; sino se hacen valer razones, otras son contrapuestas a ellas y finalmente las mejores han de inclinar la balanza. ^{112 y 113}

Pero cruzar el umbral de la argumentación jurídica y no sólo asomarnos por él como hasta ahora, requeriría un estudio completamente diferente al presente. A éste basta solamente considerar algunas peculiaridades argumentativas que conciernen a la interpretación constitucional, como abajo haremos. ¹¹⁴

c. Los principios interpretativos constitucionales y su aplicación

La interpretación constitucional y particularmente el discurso argumentativo que la apoya, pretenden ser una actividad racional —en el más amplio sentido— y conformada a criterios

¹¹¹ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 72, p. 93. Véase Atienza, *op. cit.*, nota 1, pp. 260-262.

¹¹² “Die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit nicht absolut richtige, unter Fachkundigen nicht bezweifelbare Aussagen dargeboten werden, sondern Gründe geltend gemacht, andere Gründe dagegengestellt werden und schließlich die besseren Gründe den Ausschlag geben sollen”, BVerfGE 82, 30 (38-39). Véase *supra*, cap. primero, nota 222.

¹¹³ El contexto de esta resolución (5 de abril de 1990) es interesante: la cuestión a decidir fue la recusación del juez constitucional Paul Kirchhof planteada por la quejosa (*Beschwerdeführerin*) en virtud de que, antes de integrar ese tribunal, aquél emitió un dictamen jurídico sobre la constitucionalidad de la ley que ella impugnó, y por lo cual consideraba que ese juzgador no debía participar en la resolución del caso; la Segunda Sala concluyó que su integrante no estaba impedido porque en dicho ejercicio profesional actuó con independencia y sin orientación a un resultado, emitiendo una conclusión académica conforme a su perspectiva y convicción —lo que no puso en duda la quejosa—; lo anterior por la citada forma en que concibió la interpretación jurídica, a la cual inmediatamente añadió que “[e]n este modo de labor académica (*wissenschaftlich*) se cuida que el autor, también en el marco de justificaciones bien razonadas (*im Bereich des mit guter Gründen Vertretbaren*), esté dispuesto a cuestionar sus concepciones y dado el caso cambiar su opinión jurídica”. Otra nota de interés del pasaje transcrito es que lo invocó el Tribunal Constitucional peruano en el juicio de hábeas data núm. 1797-2002.

¹¹⁴ § I.2.C.c.

objetivos que contribuyan a que sus resultados sean correctos. La pretensión de corrección es una necesidad funcional (*performative*) que tiene el derecho para cumplir sus objetivos y aun justificar su misma existencia; usando el ejemplo de Alexy, sería impensable —este motivo sería bastante y a él se añaden otros de índole jurídica y política— que un juez dijera: “En nombre del Pueblo, siendo una errónea (*falsch*) interpretación del derecho vigente, se resuelve que...”.¹¹⁵ Tienen que haber reglas cuyo cumplimiento o incumplimiento determine la validez de una decisión interpretativa —y también de otras—.

Que la interpretación constitucional persiga el fin de especificar los preceptos constitucionales para un caso particular, es decir “traducir” ese texto jurídico a un contexto fáctico determinado, el cumplimiento de ese objetivo general se erige en el primer criterio para calificar dicha interpretación y el discurso que la promueve.¹¹⁶ El siguiente sería el mayor o menor apego que tuviera a la intencionalidad del Constituyente; pero ésta debe consistir más bien en un “delicado equilibrio” entre las intencionalidades del autor y del intérprete, con relación al contexto al que se lleva el sentido del texto fundamental.¹¹⁷ La mejor relación entre estos fines y la probabilidad de su satisfacción por los medios que use el operador, de acuerdo con las limitaciones y circunstancias en que se lleva a cabo su actividad, constituyen la “razonabilidad” que como criterio general y abstracto de corrección busca la interpretación constitucional y la argumentación que la sostiene.¹¹⁸

La ciencia del derecho ha elaborado a lo largo de su milenaria historia un repertorio general y otros particulares de directivas, que sirven de parámetro para la interpretación de los textos jurídicos.¹¹⁹ La dogmática constitucional también se ha dado a esa tarea, y formuló directrices que pretenden guiar la interpretación del texto fundamental dando respuesta a sus específicos problemas, cuya importancia para ella ocasionó que en su formulación abstracta y general las denominara “principios”;¹²⁰ más que a una especie de norma jurídica con estructura abierta y distinguible de las “reglas”, aunque también podrían tener esa calidad por apoyarse y manifestar determinados valores y fines que postula la teoría constitucional, esta nomenclatura refiere más frecuentemente a la acepción que designa los aforismos jurídicos o *regulae juris constitutionalis*.¹²¹

Del catálogo que expondremos más adelante,¹²² sólo para ejemplificar mencionaremos los principios de interpretación constitucional que promueven la plena eficacia de todas y cada una de las partes del texto de la ley fundamental, que es una clara respuesta a la inicial denegación de su naturaleza jurídica, y la unidad de la Constitución opuesta a una lectura que aisle sus disposiciones e impida lograr sus objetivos generales. Los integrantes de ese conjunto pueden tenerse como *principios generales* de la interpretación constitucional, aplicables “a todo régimen constitucional en cuanto tal”, sin que obsten necesariamente para formar un conjunto particular de directivas que en cada ordenamiento responda a sus necesidades

¹¹⁵ Cfr. *op. cit.*, nota 75, pp. 356-359 y 428-429.

¹¹⁶ Cfr. Atienza, *op. cit.*, nota 1, p. 76.

¹¹⁷ Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 51 y 54.

¹¹⁸ Véase Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, FCE, 2004, voz: “razonable”.

¹¹⁹ Los argumentos analógico y *a contrario* serían ejemplos de integrantes de dicho conjunto general, según Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 15 y 157.

¹²⁰ Cfr. *supra*, nota 9.

¹²¹ Véase Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 25-26.

¹²² Tomando a Hesse (*loc. cit.*, nota 8) como punto de partida, expondremos nuestro catálogo de dichos principios en *infra*, § III.

especiales; todos derivan generalmente de la especial posición de la ley fundamental en el sistema jurídico y las funciones que la misma tiene.¹²³

Los referidos principios se hallan fuertemente enlazados por una perspectiva *teleológica*, que se ha visto como adecuada para la interpretación constitucional al prevenir contra su lectura superficial; pero en realidad a dicho punto de vista no se le puede tener como distintivamente “apropiado” para nuestra materia, ya que no es exclusivo del derecho constitucional sino *común a toda rama jurídica*, y además es uno que trasciende a los criterios tradicionales de interpretación (literal, sistemático, etc.) cuyo objeto es precisamente establecer la finalidad normativa de la ley en general, ubicándose así por encima de ellos.¹²⁴

Sobre los llamados “principios de la interpretación constitucional” puede fundarse un cierto consenso del cual parta la corrección de la interpretación constitucional,¹²⁵ porque no obstante las diferencias terminológicas o de percepción sobre dichos principios, él comprendería los esenciales puntos de acuerdo doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema. De tal modo, incluyendo también a los de carácter general, ellos constituirían premisas fundantes —aun tácitas— de los “argumentos” que sostienen una decisión interpretativa;¹²⁶ serían sede (*topos*) de posibles razonamientos para adoptar alguna alternativa de interpretación o rechazar otra,¹²⁷ es decir los principios aludidos originan directivas interpretativas procedimentales necesarias para establecer la preferencia entre otras sustantivas que inmediatamente dan significado al texto.¹²⁸ Sin embargo, desde cierto punto de vista, la utilidad de los principios de la interpretación constitucional es *limitada*: no pueden solucionar por sí solos e inmediatamente todas y cada una de las preguntas que surjan en el curso hermenéutico; constituyen “solamente” respuestas generales a tener en cuenta, que no excluye su coalición ni enfrentamiento con otras, porque

Muy frecuentemente, la interpretación es sólo una cuestión de razonar para alcanzar una visión razonable sobre la bases de una variedad de consideraciones, algunas reforzando a otras, algunas chocando. No hay manera de reducir tal razonamiento a la aplicación de reglas u otras normas, ni de eliminar la necesidad y el anhelo de la interpretación que consiste en y resulta de él.¹²⁹

Los referidos “principios” y sus especificaciones no son más, pero tampoco menos, que la expresión del conocimiento constitucional que estructura la realización de la interpretación de la ley fundamental. Con base en la experiencia que obtiene en cada caso que enfrenta, la hermenéutica constitucional elabora un *corpus* de principios, técnicas y reglas sobre su materia, creciente y cada vez más específico, pero sin que por ello se diluya la aplicabilidad general de tales elementos.¹³⁰ Dicho conjunto que la dogmática formula abstracta y

¹²³ Véase García Belaunde, *op. cit.*, nota 1, pp. 3426-3427.

¹²⁴ *Cfr. supra*, nota 4; y Starck, *op. cit.*, nota 87, p. 202.

¹²⁵ *Cfr. Vigo, op. cit.*, nota 8, pp. 155-156.

¹²⁶ *Cfr. Alexy, op. cit.*, nota 75, p. 202.

¹²⁷ “...un argumento es, para Cicerón, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa [...]; los argumentos están contenidos en los lugares o loci —los *topoi* griegos— que son, por tanto, sedes o depósito de argumentos...”, Atienza, *op. cit.*, nota 143, p. 33 (cursivas en el original).

¹²⁸ Véase Wróblewski, *op. cit.*, nota 64, p. 36.

¹²⁹ Raz, *op. cit.*, nota 19, p. 179.

¹³⁰ La capacidad de generalización (*Verallgemeinebarkeit*) o “universabilidad (*Universalisierbarkeit*)” como la llama Alexy, es indispensable a la cualidad razonable de la decisión jurídica —y por lo tanto a la jurisprudencia de los tribunales—, por motivos éticos derivados del principio kantiano que manda “[obrar] de tal modo, que la máxima de [la] voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal”, así como funcionales porque sostiene la predictibilidad jurídica. Véanse Starck, *loc. cit.*, nota 103;

sistemáticamente, se manifiesta positivamente en el conjunto de precedentes jurisprudenciales; pero él no es inmutable ya que puede admitir rectificaciones o matizaciones, debiéndose encontrar en permanente revisión y mantenerse abierto a las nuevas posibilidades que resultan de los cambios en el contexto en el cual se dará la interpretación.

Por otra parte, no sólo porque dichos principios son reglas de procedimiento conforme a las cuales debe actuar el intérprete, sino porque en su aplicación y en general en el desarrollo de su actividad tiene un papel influyente su “*sensibilidad* que le proporcionan su preparación y experiencia”,¹³¹ que desemboca en la *subtilitas* por la cual ve lo desapercibido a otros y le permite exponerlo con claridad en su argumentación; la hermenéutica no requiere tan sólo la participación intelectual y meramente racional del sujeto de la interpretación, sino también una de carácter espiritual —a falta de un mejor término— por la cual aprecie y pondere las circunstancias en que lleva a efecto su actividad.¹³² Aunque esto es generalmente aplicable en la interpretación jurídica, para la constitucional es aún más relevante, admitiendo que ultimadamente la decisión jurisdiccional en esta materia se fundará en criterios morales —en el más amplio sentido, no solamente el ético *stricto sensu*— que funden una determinada ideología, que los juzgadores deben exponer y justificar con la mayor claridad posible.¹³³

La interpretación constitucional, especialmente, puede tenerse por lo anterior a la vez como una *ciencia* y un *arte*.¹³⁴

3. *La argumentación de la justicia constitucional*

Por la estructura abierta de las disposiciones de la ley fundamental y su referencia a conceptos de carácter moral, no sólo muchas veces debatibles sino “esencialmente controvertidos”, puede parecer que los tribunales constitucionales —o más bien sus integrantes— sólo ficticiamente “declaran” el significado de las cláusulas fundamentales cuando en realidad imponen sus propios valores y preferencias a través de la autoridad de su función. La posibilidad anterior funda la llamada “objeción contramayoritaria”¹³⁵ a la jurisdicción constitucional y, por otra parte, eleva el riesgo de que los tribunales adopten decisiones “incorrectas”,¹³⁶ lo que obliga a que los tribunales constitucionales provean alguna justificación para adoptar sus decisiones.

Ya expusimos que, en general, las decisiones judiciales requieren justificarse a fin de parecer “razonables” y satisfacer —entre otros— la pretensión de corrección del orden

Alexy, *op. cit.*, nota 75, pp. 334-341; y Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, 9a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 112.

¹³¹ Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, p. 292 (cursivas añadidas).

¹³² *Cfr.* Rubenfeld, *op. cit.*, nota 23, p. 226.

¹³³ Véanse Raz, *op. cit.*, nota 19, pp. 178-179; Atienza, *op. cit.*, nota 1, p. 246; Wróblewski, *op. cit.*, nota 64, p. 63; y Dworkin, Ronald, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pp. 36-37.

¹³⁴ *Cfr.* Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 19-20 y 25. Por contener la idea de que “la poesía sería un marco de ‘precomprensión’ en el arte de la interpretación jurídica” (Häberle), y además tocar otros aspectos de la relación entre lo constitucional y lo artístico; es una buena aproximación al tema: Häberle, Peter, y Hèctor López Bofill, *Poesía y derecho constitucional: Una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals, 2004, pp. 11-16.

¹³⁵ Véase *supra*, cap. cuarto, § II.2.

¹³⁶ *Cfr.* Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, p. 254; y Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 178-179.

jurídico;¹³⁷ pero en la materia constitucional, por los motivos apuntados, esta necesidad “adquiere mayor fuerza que en [...] otros ámbitos del derecho”¹³⁸ y es “fundamental” para su jurisdicción especializada.¹³⁹ Como indica el profesor Hesse, todo el poder de la jurisdicción constitucional reside en “la fuerza persuasiva (*Überzeugungskraft*) de sus argumentos”¹⁴⁰ por partida doble: para lograr tanto la objetividad de sus decisiones como su aceptación por la sociedad; habríamos por lo tanto de dar la razón a la Suprema Corte norteamericana cuando dice que “[l]os tribunales pueden cumplir su responsabilidad en una sociedad democrática sólo en la medida con que tengan éxito en conformar sus juicios a través de parámetros racionales; y éstos son tanto *impersonales* como *comunicables*”.¹⁴¹

Ambos aspectos recién mencionados nos parecen las características esenciales que debe tener la argumentación de los tribunales constitucionales en el contexto sociopolítico en el que operan,¹⁴² porque conducen a eliminar la imagen de arbitrariedad en su adopción y a persuadir a los integrantes de la sociedad —constituyentes de un “auditorio” en el sentido de Perelman— para que otorguen su conformidad a ellas y se forje un consenso democrático a su alrededor.¹⁴³ Es por adoptar decisiones “justas y efectivas” que los tribunales adquieren legitimidad, o sea una percepción colectiva de corrección de su actuación y conformidad a ella, aunque no inmediatamente sino durante un lapso temporal más o menos extenso, dado que se requiere la constancia de esa adecuada actuación.¹⁴⁴

Respecto a lo anterior, se ha señalado que la “enorme eficacia” y el respeto que inspira la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se ha debido por una parte a su negativa al compromiso político, es decir a su imparcialidad y objetividad, y por otra a que en sus decisiones no ha clausurado las “grandes líneas de desenvolvimiento social”. Esta gran autoridad de ese órgano, lograda por esos factores, provocó incluso que se prevenga contra conceder a sus opiniones “una jerarquía más elevada que a la misma Constitución”.¹⁴⁵

La legitimidad material de las decisiones judiciales constitucionales, radica principalmente en que los jueces acierten en una interpretación y aplicación del derecho que pueda tenerse por objetiva e imparcial, basada en una metodología integrada por una serie de reglas, principios y directivas cuya observancia asegure su razonabilidad, aunque fuere contraria a las opiniones mayoritarias.¹⁴⁶ El problema, desde luego, siempre ha consistido en lograr acuerdo sobre cuál

¹³⁷ Véase *supra*, cap. primero, § V.5.

¹³⁸ Vigo, *op. cit.*, nota 8, p. 177.

¹³⁹ García Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 11 y ss., citado en *idem*.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, nota 7, p. 241.

¹⁴¹ *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 557 (1949) (cursivas añadidas).

¹⁴² *Cfr.* Rubinfeld, *op. cit.*, nota 23, p. 210.

¹⁴³ *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 5-6 y 240; Häberle, *op. cit.*, nota 49, p. 309; Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, p. 296; Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 6-7 y 48; y Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1987, p. 273.

¹⁴⁴ Inclán Oseguera, Silvia, “De las implicaciones de la reforma judicial mexicana de 1994 y del ¿cómo estimarlas?”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, pp. 227-228.

¹⁴⁵ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 367.

¹⁴⁶ “Verificabilidad y verificación de las motivaciones [...] son, por otro lado, las condiciones constitutivas de la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad de las decisiones judiciales. [...] el vínculo de la verdad procesal es también la principal fuente de *legitimación externa, ético-política o sustancial* del poder judicial que, en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo

es la fórmula interpretativa adecuada a la Constitución —o a cualquier otro texto jurídico—, lo cual primeramente se enfrenta a las diferentes concepciones constitucionales de las que debe partir dicha metodología.¹⁴⁷

Sin menoscabo de lo anterior, en una sociedad democrática el cometido de la jurisdicción constitucional no sólo consiste en resolver controversias en relación con el interés de algunas personas, sino que también establece a su través los alcances del *orden fundamental* del Estado y de la sociedad, los cuales no únicamente atañen a las partes procesales sino a todo sujeto integrante de la colectividad aunque sea en grado variable.¹⁴⁸ La unidad política y la estabilidad de la Constitución no son cualidades consumadas por la sola promulgación de su texto, sino logradas (paradójicamente) a través de la legitimidad y la eficacia actuales que obtiene la ley fundamental por conducto de la especificación cotidiana del significado de sus disposiciones, que da su interpretación jurisdiccional.¹⁴⁹ El consenso democrático sobre la Constitución es necesario para la legitimidad substancial de sus enunciados textuales, porque se trata nada menos que de uno relativo a las “reglas del juego político”;¹⁵⁰ pero quizá lo sea con más fuerza respecto del significado que se les da, el cual determina las consecuencias que tendrá para los ciudadanos.¹⁵¹

En la consecución de ese consenso, los tribunales constitucionales tienen un importante papel y, puede decirse, de mayor influencia que otros operadores jurídicos por su labor de eliminación de la conflictiva social, que les permite ser “integradores” —en el sentido de Smend— de la vida social, contribuyendo a su pacificación y a la tolerancia ideológica.¹⁵² La conformidad de la *comunidad interpretativa* que mantiene una determinada *tradición hermenéutica* —pero idealmente no una conservada irracionalmente sino abierta a diferentes visiones y al cambio— que ella ha mantenido; constituye un límite natural y un criterio de corrección de cualquier interpretación: primeramente, ella forma la precomprensión del sujeto y así configura la perspectiva desde la cual inicia su actividad y, enseguida, le suministra parámetros de razonabilidad que debe satisfacer su conclusión.¹⁵³

Tanto por la persuasión argumentativa de sus sentencias sobre la opinión pública y la contribución que ello hace a la formación de un consenso social alrededor de las normas constitucionales, como por la promoción formal o informal de la participación ciudadana

una legitimación de tipo racional y legal, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales. *Veritas, non auctoritas facit iudicium* [...] Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político [...] puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 543-544 (cursivas en el original).

¹⁴⁷ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 240; Chrysosgonos, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, pp. 55 y 72-73; y Limbach, *op. cit.*, nota 17, p. 27.

¹⁴⁸ Cfr. Hesse, *loc. cit.*, nota 147; Häberle, *op. cit.*, nota 75, p. 85; y Heller, *op. cit.*, nota 143, p. 269.

¹⁴⁹ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 14-16 y 18.

¹⁵⁰ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomon, México, Taurus, 2005, p. 92.

¹⁵¹ *Supra*, nota 45.

¹⁵² Cfr. García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 203; y Limbach, *op. cit.*, nota 17, pp. 66 y 68-69. “El derecho del Estado (*Staatsrecht*) es derecho de la integración [...] y su pensamiento rector (*Leitgedanke*) es el integrante juego conjunto (*integrierende Zusammenspiel*) de las instituciones estatales y las funciones de la totalidad de la vida del Estado”, Smend, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 131.

¹⁵³ Véase Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 68-75 y 154-155.

sobre las decisiones constitucionales, pueden los tribunales constitucionales cumplir su función integradora,¹⁵⁴ y erigirse en un “tribunal social *sui generis* (*‘gesellschaftliches Gericht’ eigener Art*)” que rompa el dogma de la disociación entre Estado y sociedad.¹⁵⁵ Esta labor es desarrollada por la jurisprudencia constitucional en dos direcciones: sirviendo de fuente informativa al proceso democrático y reflejando la situación política que guarda la sociedad a la que pertenece.¹⁵⁶

Es fundamental para lo anterior que la argumentación constitucional no se realice en el tenor de una racionalidad de estricta técnica jurídica, como si tribunal constitucional —o cualquier otro— sólo hablara consigo mismo, y mucho menos que su discurso sea un vehículo de “razones” que únicamente finjan —mas no busquen o logren— justificar la decisión correspondiente. A través de sus sentencias, los jueces constitucionales establecen un diálogo con la sociedad, y por su responsabilidad política deben establecer comunicación con ella, que no puede darse a través de la univocidad que tendría su discurso al formularse exclusivamente para un determinado gremio profesional, la cual impondría “agresivamente” la interpretación judicial; la argumentación judicial requiere “apertura a la interpretación ajena” —en concreto: la de otros integrantes de la sociedad—, tanto pasiva como activa: la primera manteniéndose atenta y receptiva la jurisdicción constitucional a las apreciaciones colectivas de los asuntos bajo su decisión, y la segunda a través de la intención de responder a ellas en la motivación de sus resoluciones.¹⁵⁷ Lo anterior presenta diversos retos que pueden resumirse en lo siguiente: la necesidad de un balance adecuado entre las responsabilidades funcional-jurídica y social de los tribunales constitucionales; el tema no es nada fácil: por una parte requieren los tribunales una delicada sensibilidad para apreciar las consecuencias sociales y políticas de sus decisiones, pero manteniendo la eficacia del sistema constitucional;¹⁵⁸ y por la otra, la capacidad de hacer comunicables —material y no sólo formalmente— sus resoluciones al mayor número posible de personas, aunque sin perder la técnica que necesita el tratamiento de las complejísimas y muchas veces “esencialmente controvertidas” cuestiones del derecho constitucional.

Por supuesto, no proponemos que los juzgadores constitucionales, para alcanzar el consenso social alrededor de su interpretación constitucional, sacrifiquen el cumplimiento del orden fundamental para complacer a asociaciones más o menos extensas, y que la popularidad sea un objetivo que tengan que conseguir y a toda costa;¹⁵⁹ simplemente pretendemos subrayar la importancia social y política de las decisiones constitucionales y develar aspectos que le impiden ser una mera aplicación mecánica de la ley fundamental. No se trata de que en aras de la democracia —entendida como forma de gobierno—, las decisiones de los tribunales sean determinadas por un “consenso” que incluso exprese un importante grupo de la población —

¹⁵⁴ Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1055 y 1083-1085.

¹⁵⁵ Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 73.

¹⁵⁶ Cfr. Rolla, *op. cit.*, nota 68, pp. 162-163.

¹⁵⁷ Cfr. Elía, *op. cit.*, nota 78, pp. 58-60; y Beuchot, *op. cit.*, nota 72, p. 90.

¹⁵⁸ Del tema nos ocuparemos *infra*, § III.4.

¹⁵⁹ Lo que iría contra la independencia judicial y así se sacrificaría uno de los valores que la sociedad atribuye a la judicatura, cuyo costo habría de asumir ésta como “grupo de interés”; véase Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000, p. 503. Sobre la popularidad judicial, hablando de su designación electoral, Emilio Rabasa escribió que “el hombre probo, sereno, estudioso y de profundos conocimientos en ciencias jurídicas, no ostenta estas cualidades a la vista de las masas y es esencialmente impopular” (*La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 196).

que por amplio que sea sólo es una parte del “pueblo”—; sino de una “democracia” como sustento básico de la vida social que en realidad conduce, según acertadamente dice Zagrebelsky, a una disposición “*republicana*” que aspire siempre a construir un consenso unánime —dentro y fuera del tribunal— sobre su interpretación de las normas fundamentales, pero uno fundado en la *deliberación* y no en la mera imposición numérica, aunque sólo sea capaz de lograrlo unas pocas veces.¹⁶⁰

Las cualidades de objetividad y concertación social son deseables en una decisión jurisdiccional, sobre todo en las constitucionales, pero alcanzarlas simultáneamente es una tarea difícil y en ocasiones sencillamente imposible;¹⁶¹ pero en ningún caso sería admisible una decisión arbitraria.¹⁶² Es por esto que en el caso de un irresoluble conflicto entre ambos fines, puede tenerse como un principio general la preferencia de una interpretación a una “invención” que salga de los márgenes mínimos de corrección hermenéutica, que resulte *contra legem* aunque se trate de una aplicación jurídica “socialmente deseable”; dado que el intérprete sólo goza de autoridad mientras se mantenga supeditado al texto que se la brinda.¹⁶³

En tanto su interpretación constitucional se encuentre dentro de las posibles lecturas “plenas de sentido” —para decirlo con Hesse— del texto fundamental, puede asegurarse que la jurisdicción constitucional ha cumplido irrepudablemente su función y por lo menos teóricamente goza de legitimidad; en cambio, de pretender estimular una “superación social” *motu proprio* y sin apoyo en las disposiciones constitucionales, por deseable y noble que fuera, dejará de cumplir su misión de salvaguardar el orden constitucional al exceder sus funciones, y su actuación no sólo será ilegítima sino habrá asestado un duro golpe a su respetabilidad institucional, de muy difícil y lenta reparación; así lo muestra la experiencia histórica de la Suprema Corte norteamericana quien al resolver el caso *Dred Scott*,¹⁶⁴ infligió a su reputación una herida que “tomó más de una generación en sanar”.¹⁶⁵

Al cabo, aun ante la insuperable imposibilidad de que una sentencia concite el acuerdo a su alrededor, debe recordarse que tanto el consenso como el conflicto son elementos indispensables de un sistema verdaderamente democrático.¹⁶⁶ La cuestión de fundar la legitimidad material del juicio constitucional en la alternativa entre la observancia del texto de la ley fundamental y la complacencia a la opinión pública, por general que ésta fuera, casi instintivamente se resuelve a favor de la primera opción; al cabo también los tribunales constitucionales son órganos de gobierno en el más amplio sentido de la palabra ya que ejercen un poder de índole política,¹⁶⁷ y los cuales no pueden renunciar a su función de control

¹⁶⁰ Véase *op. cit.*, nota 77, pp. 320-322.

¹⁶¹ Véase Rosenfeld, *loc. cit.*, nota 68.

¹⁶² Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, p. 307.

¹⁶³ *Supra*, nota 44.

¹⁶⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 Howard) 393, 404-405 (1857). Véase Carbonell, Miguel, “La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 245-254.

¹⁶⁵ Rehnquist, William H., “The notion of a living Constitution”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, Mass., vol. 29, núm. 2, primavera de 2006, pp. 410-411.

¹⁶⁶ Cfr. Häberle, Peter, “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 62; y Guggenberger, Bernd, “Zwischen Konsens und Konflikt: Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft”, en Guggenberger, Bernd, y Thomas Würtemberger (eds.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 202 y ss, referido en Walter, *op. cit.*, nota 62, p. 547.

¹⁶⁷ Véase *supra*, cap. cuarto, § II.1.

para servir a una “democracia anticonstitucional” —por oposición a una “constitucional”—.¹⁶⁸ “la democracia es, y no puede evitar ser, *un sistema de gobierno*” y “cuando se descuida la función de gobierno, lo empeoramos e incluso ponemos en peligro su funcionamiento”.¹⁶⁹

Un último factor que no por elemental deja de ser importante, concierne a la comunicabilidad de la argumentación de la jurisdicción constitucional, que contribuye a la formación de consenso legitimante de las normas constitucionales; es el uso de un lenguaje accesible.¹⁷⁰ “[aun] la más justa de las decisiones puede aparecer como caprichosa y arbitraria si no se expresan de manera adecuada las razones idóneas que la justifiquen”.¹⁷¹ Tradicionalmente el lenguaje jurídico —y notablemente el forense— ha usado fórmulas rituales y arcaicas para dar una apariencia de impersonalidad y objetividad, así como de rigidez e inmutabilidad;¹⁷² pero en virtud de una “ideología fuertemente democratizadora”, ya hay una tendencia a la modificación del lenguaje judicial que le está dando una “mejor aptitud comunicativa”, y la cual influye a la jurisdicción constitucional para quien es particularmente importante la efectiva comunicación de sus decisiones y de los argumentos que las sostienen, para mantener su legitimidad y el consenso social alrededor de las normas constitucionales.¹⁷³

II. PROBLEMAS ESPECIALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL

1. *Nota inicial*

Como panorámicamente expusimos en el capítulo segundo anterior, aunque presenta esencialmente los mismos caracteres de la interpretación jurídica de cualquier otro ámbito — pues la actividad hermenéutica es un filosófico antes que jurídico—, la constitucional adquiere complejidad por diversos factores relacionados con la naturaleza del texto jurídico que es su objeto.

El catálogo general de temas sobre la interpretación constitucional puede ser muy prolijo; ellos van desde establecer si dicha interpretación es similar o no a la realizada en otras ramas, hasta las dificultades que provoca la estructura abierta de las disposiciones fundamentales. Pero ahora nos referiremos a problemas específicos de la interpretación constitucional que en nuestra opinión se presentan casi exclusivamente a los tribunales, o al menos lo hacen con mayor frecuencia que con otros operadores jurídicos: la pretendida existencia de una laguna constitucional y la solución de antinomias constitucionales; ambos están llamados a resolverse

¹⁶⁸ Véase, *supra*, cap. segundo, § II.1.B.c.

¹⁶⁹ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzone, México, FCE, 1999, p. 160 (cursivas en el original).

¹⁷⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional” (trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas), *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, p. 328.

¹⁷¹ Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, p. 295.

¹⁷² Sobre el tema véanse Radbruch, *op. cit.*, nota 99, pp. 134-138; Alatorre, Antonio, *Los 1001 años de la lengua española*, 3a. ed., México, FCE, 2002, p. 75; Malem Seña, Jorge F., “El lenguaje de las sentencias”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 48-56; Grijelmo, Álex, *Defensa apasionada del idioma español*, México, Taurus, 2002, pp. 19 y 223-225; y Sandoval, Pablo X. de, “Contra el aberrante lenguaje de las leyes”, *El País*, Madrid, 26 de julio de 2006, Cultura, http://www.elpais.es/articulo/cultura/aberrante/lenguaje/leyes/elpporcul/20060726elpepicul_7/Tes/

¹⁷³ Cfr. Malem Seña, *op. cit.*, nota 172, pp. 56-59; Häberle, *op. cit.*, nota 143, p. 305; y Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 187.

a través de una perspectiva integral del sentido de las disposiciones constitucionales, es decir una a la vez sistemática y teleológica que considere sus “principios generales”.¹⁷⁴

Si bien no serían únicos, estos dos tópicos son paradigmáticos de los problemas de la interpretación judicial de la Constitución, y tienen asimismo relación con el de la vigencia del texto constitucional a través del tiempo,¹⁷⁵ porque en no pocas ocasiones son las cambiantes circunstancias sociales o la aparición de nuevas tecnologías, quienes “producen” lagunas y antinomias constitucionales, traduciéndose frecuentemente en casos contenciosos imprevisibles para el Constituyente o el legislador, pero de ineludible resolución para los tribunales que tienen que interpretar la Constitución y establecer qué dispone para tales situaciones, mediante la creación de una norma jurídica específicamente aplicable a ellos.¹⁷⁶

Un común denominador de ambos problemas —lagunas y antinomias—, que contribuye a su solución, es su vinculación a la idea sistemática del derecho. A ésta nos abocaremos en un lugar más oportuno,¹⁷⁷ bastando decir por ahora que son notas características de un “sistema” jurídico como tal, la *unidad*, *plenitud* y *coherencia* de sus normas integrantes, mismas que sirven de presupuesto para su interpretación e ingrediente necesario en la precomprensión del intérprete, que le hace rechazar las alternativas hermenéuticas que las contravengan.¹⁷⁸

2. Lagunas constitucionales y sobreinterpretación

A. Plenitud hermética del ordenamiento constitucional

Una laguna consiste en “la ausencia de una solución normativa para una cuestión jurídica”; estrictamente no se trata de un problema tocante a la sola indeterminación lingüística por la cual una norma general se refiere imprecisamente al caso particular, sino a la inexistencia en el sistema jurídico de una norma general que disponga inmediatamente de él.¹⁷⁹ Dicho en otros términos: estaremos ante una laguna si se concluye luego de agotado un *nivel inicial de interpretación* que supere la natural indeterminación del texto, que el orden jurídico no contiene una regla que exprese la prohibición o permisión de una cierta conducta o formule un enunciado condicional que enlace una consecuencia a la realización de un hecho.¹⁸⁰

El tema de las lagunas jurídicas se encuentra íntimamente vinculado al de la interpretación jurídica al grado que casi no podrían distinguirse, porque si bien la integración de lagunas no

¹⁷⁴ Véase STC 222/2006, F.J. 8.

¹⁷⁵ Expusimos las diversas posiciones doctrinales sobre este tema en *supra*, cap. segundo, § V.

¹⁷⁶ Véanse *supra*, cap. segundo, § V.1; Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 20; Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 363; Serna, Pedro y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 22 y 59; Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, p. 37; y BVerfGE 54, 277 (291).

¹⁷⁷ *Infra*, § III.2.

¹⁷⁸ *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 74-75; y Wróblewski, Jerzy, *The judicial application of law*, ed. de Zenon Bańkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 103.

¹⁷⁹ Es preciso distinguir estrictamente a las lagunas jurídicas del modo anterior, en vista de una posible clasificación como la de Joseph Raz que constituye en “lagunas” también a los casos carentes de una “respuesta correcta”, como serían los producidos por indeterminación semántica o antinomias irresolubles; *cfr.* Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 79, pp. 48 y 50, n. 91; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 3; y Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, Facultad de Derecho, 1979, p. 175. Además, según varios criterios de referencia pueden distinguirse entre lagunas del derecho, legales, manifiestas y ocultas, etc.; véase Larenz, *op. cit.*, nota 6, pp. 368-373.

¹⁸⁰ Guastini, Riccardo, “Antinomias y lagunas” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 83-84.

se refiere a establecer el significado de una sola disposición, sí requiere que se le otorgue uno especial a varias de las integrantes del ordenamiento. Expondremos seguidamente de qué forma ambos se entrelazan y, en todo tiempo, habrá de tenerse siempre en mente la distinción entre “disposiciones”, “normas” y “enunciados” jurídicos; las primeras pueden ser omisas sobre la regulación de un determinado supuesto, pero a través de su interpretación puede obtenerse la norma jurídica exactamente aplicable al caso especial, que consistirá en una reformulación de los enunciados de aquéllas por los operadores judiciales, como enseguida veremos.¹⁸¹

Un lugar común sobre el tema es que resulta “teóricamente insostenible” la existencia de lagunas jurídicas.¹⁸² Hay un tradicional consenso en la doctrina¹⁸³ respecto a que todo caso puede resolverse a través del axioma jurídico que declara que “ninguna conducta puede hallarse, al propio tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida”, derivable del principio lógico de contradicción;¹⁸⁴ esto quiere decir que “no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, [...] de acuerdo con principios de derecho [...] lo que...] conduce en línea recta a la negación de las ‘lagunas’”; tal es el dogma de la *plenitud hermética del orden jurídico*.¹⁸⁵

La posibilidad de resolver a través de criterios jurídicos, es decir previamente establecidos por el derecho, y determinarse si una conducta está “prohibida” o “permitida” por el orden jurídico, debe extenderse a *toda cuestión*; y es preciso aclarar lo anterior. Es cierto que hay situaciones que actualmente *parecen* —al menos— indiferentes al derecho, pero su relevancia jurídica puede muy probablemente manifestarse, como de algún modo sucedió con el derecho a la propia imagen, al someterse a decisión judicial en una controversia si una conducta a su respecto se halla jurídicamente prohibida o permitida.¹⁸⁶

El axioma jurídico referido plantea categóricamente —*tertium non datur*— la disyuntiva de calificar una conducta cualquiera en prohibida o permitida, lo que excluye la existencia de lagunas “del derecho” pero implica admitir la de los textos jurídicos; sabemos por su virtud que toda cuestión tendrá alguna solución jurídica, pero dicho axioma no define cuál será porque “no estatuye obligaciones ni confiere derechos”.¹⁸⁷ No obstante su inutilidad para resolver definitivamente sobre el sentido normativo de una conducta, el mencionado axioma y la plenitud del ordenamiento que tiene como corolario sirven de directriz necesaria a los tribunales para solucionar el problema de su calificación jurídica.¹⁸⁸

Una laguna, entonces, no consistirá en la falta de posible solución jurídica de un caso, sino en su *indeterminación normativa*, o sea en la oscuridad que existe acerca de si el ordenamiento¹⁸⁹ alguna pauta que indique inmediatamente si la conducta en cuestión está precisamente prohibida o permitida, cuyo sentido dependerá del significado que se dé a las

¹⁸¹ Véase *supra*, cap. primero, § II.2.A.

¹⁸² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 257.

¹⁸³ Véanse *ibidem*, pp. 254-255; Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 79, p. 50, n.91 —refiriéndose a la opinión de Raz—.

¹⁸⁴ Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, 3a. ed., México, Colofón, 1991, pp. 27 y 235-237.

¹⁸⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 359.

¹⁸⁶ *Cfr.* Iglesias Vila, *op. cit.*, nota 79, p. 49.

¹⁸⁷ García Máynez, *op. cit.*, nota 185, pp. 353-364; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 476-477.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 3, n. 5.

¹⁸⁹ “En la mayoría de los casos en que hablamos de una laguna legal, no es incompleta una norma jurídica particular, sino una determinada regulación en conjunto, es decir: que ésta no contiene ninguna regla para una cierta cuestión”, Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 365.

disposiciones que lo componen a través de un enunciado normativo exactamente aplicable al caso, es decir a su interpretación. No quiere decirse con lo anterior que *realmente* no existan lagunas en el ordenamiento jurídico y que éste provea deliberada, clara y explícitamente una solución a cuanto problema jurídico se presente, sino que cuando se presente una situación inédita o implícita, por razones de seguridad jurídica debe pensarse que su solución se encuentra implícita en el ordenamiento o es consecuente a lo que éste sí expresa.¹⁹⁰

La misma existencia de una laguna proviene de una operación interpretativa de la que resulta que ninguna norma jurídica previamente reconocida y, regula precisamente en forma prohibitiva o permisiva el caso.¹⁹¹ Hasta este punto, nos encontramos apenas en un *nivel hermenéutico inicial*, habida cuenta de que la interpretación definitiva del ordenamiento concluiría con la formulación de un enunciado jurídico que regule precisamente el caso, inédito pero asimilable a los usados por las disposiciones textuales usadas en el juicio procesal;¹⁹² por esta razón, nos es indiferente si la interpretación jurídica sirve a la prevención o a la integración de lagunas jurídicas, porque a la conclusión “hipotética” de que un caso concreto carece de regulación jurídica inmediata, sólo puede arribarse constatando que efectivamente ésta no existe —de lo contrario se habría tenido en cuenta— y declarando la necesidad de colmar dicha laguna, es decir no puede prevenirse algo cuya realización se ha comprobado.¹⁹³

Admitida en este primer nivel de interpretación la existencia de una laguna, su integración podrá hacerse a través de la interpretación extensiva y/o evolutiva de las disposiciones jurídicas,¹⁹⁴ u otras técnicas como las argumentaciones analógica, *a fortiori*, *a contrario* o por principios; siendo todas ellas deudoras de una visión sistémica del orden jurídico.¹⁹⁵

El procedimiento interpretativo, a este nivel secundario, partirá desde luego de las disposiciones existentes en el ordenamiento relevantes y de las normas más o menos específicas que de ellas se desprendan y se hallen reconocidas, pero sin que sean inmediatamente aplicables al caso —en ello precisamente se distingue una laguna *stricto sensu* de la mera indeterminación de las disposiciones jurídicas—. Conduciéndose por argumentaciones más o menos complejas, el intérprete desentrañará los significados potenciales de esas, y los actualizará mediante la formulación de uno o varios enunciados originales pero análogos a los de aquéllas, aplicables con más o menos precisión al caso a resolver, hasta concluir con alguno que expresaría la norma jurídica —no incluida en el orden jurídico con antelación¹⁹⁶— que lo regulará con toda precisión, para ese caso individual pero

¹⁹⁰ “...[se] supondría una fundamental carencia de lagunas en el ordenamiento jurídico estatal positivo, una condición que se justifica como postulado inicial de la seguridad jurídica (*prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit*) pero es inalcanzable en la práctica”, BVerfGE 34, 269 (287).

¹⁹¹ Guastini, *op. cit.*, nota 180, p. 84.

¹⁹² Si consideramos la interpretación jurídica como una operación desarrollada espiralmente en más o menos niveles, según la complejidad del caso. *Cfr. supra*, cap. primero, § II.5.A.

¹⁹³ *Cfr.* Guastini, *op. cit.*, nota 180, pp. 84-85; y Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 396. La idea de “prevención” de lagunas puede provenir de que “la práctica jurisprudencial parece mostrar una mayor tendencia a evitar proclamar la presencia de una laguna y a mantener la imagen de plenitud del sistema jurídico”; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 478.

¹⁹⁴ Ambas pueden conducir a la “sobreinterpretación” de las disposiciones jurídicas, que explicaremos en el siguiente epígrafe.

¹⁹⁵ Véanse Guastini, *op. cit.*, nota 180, pp. 85-88; García Máynez, *op. cit.*, nota 185, pp. 366-378; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 479-483.

¹⁹⁶ Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 398.

basada en una norma general que tenga como hipótesis sus características específicas imprevistas.¹⁹⁷

Es preciso detenernos en la función creativa judicial de la integración de lagunas. Como vimos, ante éstas falta al ordenamiento una norma jurídica inmediatamente aplicable —por referirse con precisión suficiente a él— al caso concreto, que se exprese a través del enunciado correspondiente; pero no podemos imaginar un ordenamiento vacío, carente de normas jurídicas que indiquen siquiera algunos fines, valores, bienes a guardar y sentidos de conducta al operador jurídico; lo que lleva consigo la formulación de juicios de valor del operador jurídico.¹⁹⁸ Aunque el juzgador requiere crear una norma jurídica lo suficientemente específica para el caso individual, dicha creación no debe ser caprichosa sino basada en una regla general que incluya *in abstracto* sus diferencias específicas para ser aplicable a otras situaciones idénticas o similares;¹⁹⁹ las normas jurídicas preexistentes en *todo el ordenamiento*, aunque no se refieran precisamente al caso, pueden ordenar alguna dirección a la decisión del tribunal o bien procribirla, con base a sus posibles significados que se expresen a través de enunciados análogos a los que usan las disposiciones interpretadas para colmar una laguna.²⁰⁰

Llevando las ideas anteriores al ámbito constitucional, puede partirse de que el texto fundamental puede carecer de un enunciado que aluda con precisión inmediata a un caso determinado; pero éste tendrá siempre una solución a la luz de ese sector del ordenamiento, es decir —sobre todo si se plantea en una controversia judicial— el caso habrá de resolverse con la decisión categórica acerca de si una conducta específica se encuentra *constitucionalmente* prohibida o permitida.²⁰¹

Al enfrentar un caso al cual no respondan inmediata y definitivamente las normas jurídicas reconocidas en el orden fundamental, los jueces habrán de crear una norma jurídica específicamente aplicable a él, que se expresará por el correspondiente enunciado análogo a los que expresan a las disposiciones constitucionales, partiendo de los significados posibles de éstas. Para ello, igualmente tienen a su disposición los argumentos analógico, *a fortiori* y los demás que antes mencionamos.

B. *Sobreinterpretación constitucional*

Como toda integración de lagunas, la realizada con las constitucionales es una actividad creativa por la que el intérprete propone un enunciado más determinado e inédito para incorporar al ordenamiento, aunque guarde alguna relación analógica con los que expresan las disposiciones constitucionales.²⁰² Considerando el elevado nivel de abstracción de la ley

¹⁹⁷ Véase *supra*, cap. primero, § II.4. “...el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una norma general creada por el mismo juez. [...] para justificar la norma individual (‘el poseedor debe restituir el inmueble’) el juez debe recurrir a una norma general (‘es obligatorio restituir el inmueble en el caso ABC’), que no existía antes de su fallo”, Bulygin, *op. cit.*, nota 176, p. 34.

¹⁹⁸ Véanse Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 525-528; y García Máynez, *op. cit.*, nota 185, pp. 361-362.

¹⁹⁹ En ello diferimos del último autor citado, para quien “no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución”; *ibidem*, p. 35.

²⁰⁰ *Cfr.* Larenz, *op. cit.*, nota 6, pp. 367-368.

²⁰¹ Esto es de suma importancia para el problema de la justiciabilidad de *political questions*; *cfr. supra*, cap. cuarto, nota 240.

²⁰² En nuestra opinión, la diferencia entre la sobreinterpretación y la integración de lagunas mediante el argumento analógico es sutil. La última, como sabemos, incluye el caso imprevisto dentro de un principio general “descubierto” a partir de las disposiciones expresas del ordenamiento, se trata de hacer expresa aquella norma implícita y aplicarla sencillamente a la situación presente (véase *supra*, cap. primero, notas 269 y 270); en cambio

fundamental y que su autor no pudo adivinar las especificaciones —sobre todo históricas— de toda situación que requiriese solución constitucional, la integración de lagunas de la ley ordinaria difiere de la constitucional en que es mucho más amplio el *espacio liminal*²⁰³ entre la disposición constitucional interpretada y el enunciado normativo creado para aplicarse precisamente al caso, resultante de la interpretación, y ha de recorrerse un camino argumentativo mucho más sinuoso y complejo para llegar a él; además de que en muchas ocasiones, la solución no es proveída por una sola disposición constitucional sino por un conjunto de ellas: dicha respuesta es aportada por “reglas implícitas (*unwritten*)” del derecho constitucional que derivan de la orientación del problema a resolver al “proyecto entero” de la ley fundamental, que no expresa una sola de sus disposiciones sino por el conjunto de todas que indican los fines generales del ordenamiento constitucional.²⁰⁴

Para transitar este espacio liminal amplio se hace necesario desentrañar los significados posibles de las disposiciones constitucionales aplicables a un caso concreto, a través de una interpretación realizada en un marco amplio y flexible de referencia,²⁰⁵ quizá ajeno al que el autor del texto constitucional precisamente tuvo en mente, para formular un enunciado jurídico que rijan el caso, aunque *prima facie* la disposición de la que éste derive no le era relevante.²⁰⁶ Esta condición del texto constitucional obliga a su intérprete a trascender la máxima de Radbruch y actuar en el entendido de que “[l]a ley no sólo puede, *tiene* incluso que ser más inteligente que sus redactores”.²⁰⁷ Lo anterior no significa que el juzgador pueda actuar caprichosamente, sin sujeción a la ley y al derecho, sino es tan sólo un reconocimiento al hecho de que éste no se identifica con aquélla, por lo que el intérprete no puede restringir la aplicación jurídica al sentido literal del texto legal y menos cuando éste no cumple su función

la sobreinterpretación se lleva a cabo a través de una consideración de las *ulteriores implicaciones* del sentido de las disposiciones jurídicas para darles un significado dentro del caso particular —y también a éste a la luz de ellas—, por lo que requiere una argumentación más compleja. La analogía que hay entre el texto y el enunciado en que se formula su sobreinterpretación es una de tipo —llamémosle así— ontológico más que técnico, ya que siempre se da entre el texto y su interpretación aunque ésta no use del argumento analógico (véase Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, San Luis Potosí, UASLP, Facultad de Derecho, 2007, p. 140).

²⁰³ Que constituye la diferencia entre la formulación original del texto interpretado y su “traducción” a un nuevo registro, similar pero no idéntico —o sea, análogo—, a través de la interpretación. *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 29 y 53-54.

²⁰⁴ *Cfr.* Rubenfeld, *op. cit.*, nota 23, p. 233, n. 72; véase *infra*, § III.2.A. Si se tiene a la “dignidad humana” como valor fundamental y axial del ordenamiento constitucional, según hemos dicho, habrá de considerársele el fin más general de dicha regulación; y asimismo se verán en sus respectivas “cláusulas de inviolabilidad”, como la del art. 1.1 de la Ley Fundamental alemana, un “depósito” de *incontables* normas constitucionales que derivan de ese concepto; véase BVerfGE 30, 1 (24). La complejidad de la especificación del concepto de dignidad humana, así como su relación con los derechos fundamentales particulares, se ilustra mínimamente con lo siguiente: ella da lugar al derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 2.1 de la misma ley fundamental, y éste a su vez origina una “libertad genérica de acción (*allgemeine Handlungsfreiheit*)” que asimismo se relaciona complejamente con otros derechos; véanse *idem* 6, 32 (41), y 10, 89 (99).

²⁰⁵ *Cfr.* Iser, *op. cit.*, nota 26, p. 39. Véase también Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, pp. 404-405.

²⁰⁶ *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 169-170; y Reimer, *op. cit.*, nota 205, pp. 393-394.

²⁰⁷ “*Das Gesetz kann nicht nur, ‘es muss sogar klüger sein als seine Verfasser’*”, Limbach, *op. cit.*, nota 17, p. 31 (énfasis en el original). La frase esencialmente completa del mencionado iusfilósofo es “la ley es más inteligente que el legislador; [...] la interpretación jurídica no consiste simplemente en repensar lo previamente pensado [...] sino en pensar hasta el cabo, consecuentemente, lo que ya se pensó” (*supra*, cap. primero, nota 203); la hizo suya el Tribunal Constitucional Federal alemán, diciendo que “[l]a ley puede precisamente ser más inteligente que su padre” (BVerfGE 36, 342 [362]).

de “resolver precisamente (*gerecht*) un problema jurídico”; la sujeción del juez al derecho significa aquí que ese operador debe hacer referencia a las “representaciones valorativas” inmanentes al orden jurídico como una “totalidad de sentido”, pero que no expresa la ley escrita sino más bien resulta una consecuencia o implicación directa o indirecta de sus inmediatas significaciones, para dar solución al caso concreto que tiene ante sí.²⁰⁸

A esta clase de atribución semántica se denomina “sobreinterpretación”, porque no culmina al encontrar el sentido inmediato del texto o la intención primaria de su autor, ya que éstos pueden ser insuficientes para dar con una respuesta, sino los trasciende y encuentra nuevos mensajes implícitos en todos ellos que sí se adecuen al caso que busca resolver. Es de naturaleza creativa porque supuestamente rebasa “los límites de la interpretación en sentido estricto”, por lo que la doctrina alemana la ha calificado como “perfeccionamiento” del derecho (*Rechtsfortbildung*) y una “superación de la ley”, pero considerándola todavía como una forma de mera aplicación del mismo.²⁰⁹ La sobreinterpretación es la atribución de significado a un texto, trascendiendo al significado que su autor pretendió darle originalmente o a alguno que resulte inmediatamente de él,²¹⁰ para que el lector *use* uno de sus posibles sentidos que el contexto le permita; es factible “cuando un texto se produce no para un único destinatario sino para una comunidad de lectores” —como la Constitución—, cuya interpretación se inscribe en “una compleja estrategia de interacciones que también implica a los lectores” —como los juzgadores constitucionales—.²¹¹

La sobreinterpretación se construye por una *compleja argumentación* para justificar la decisión interpretativa por la cual se formuló la norma extraída del texto constitucional; se trata de una interpretación con mayor grado de dificultad argumentativa pero que esencialmente no nos parece diferente; podemos decir con Forsthoff, pero no en el sentido peyorativo en que se expresa, que se trata de una “interpretación intercambiable (*wechselvolle Interpretation*)”.²¹² Que esta modalidad continúa siendo “interpretación” se concluye de que persigue la finalidad general de esa actividad: contextualizar un texto y comprender su sentido dentro de una situación determinada, con un significado particular a ella,²¹³ aun la sobreinterpretación versa sobre determinar el sentido de las diversas partes del texto, y darles un significado para el contexto en el que va a referirse, y no deja de realizar ese fin esencial de la interpretación. Por la sobreinterpretación de las disposiciones constitucionales pueden construirse múltiples normas que resulten “idóneas para regular *cualquier* aspecto de la vida social y política”, reduciéndose así en gran proporción —si no eliminándose— las lagunas del

²⁰⁸ *Idem* 34, 269 (286-287).

²⁰⁹ Véanse Larenz, *op. cit.*, nota 6, pp. 359-363 y 410; Reimer, *op. cit.*, nota 205, p. 395; Kaufmann, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Múnich, C.H. Beck, 1999, pp. 12-13; y BVerfGE 34, 269 (287-288).

²¹⁰ “...que la cuestión no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley, ni de un desarrollo del Derecho *inmanente a la ley*, de una manera que satisfaga las exigencias mínimas que resultan de una necesidad irrecusable del tráfico jurídico, de la requerida impracticabilidad de las normas jurídicas, de la naturaleza de la cosa y de los principios ético-jurídicos subyacentes a todo el orden jurídico”, Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 425 (cursivas en el original).

²¹¹ *Cfr.* Eco, Umberto, *Interpretación y sobreinterpretación*, ed. de Stefan Collini, trad. de Juan Gabriel López Giux, Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1995, pp. 67-74.

²¹² *Op. cit.*, nota 4, p. 58. Este autor se refiere al artículo 2o. de la Ley Fundamental, que establece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuya interpretación considera un ejemplo “especialmente típico” de los “nuevos métodos”.

²¹³ Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 18-19.

texto fundamental; en virtud de esta versatilidad interpretativa prácticamente ningún hecho puede escapar al examen constitucional o ser indiferente para el derecho de la Constitución.²¹⁴

Un buen ejemplo de sobreinterpretación constitucional es el derecho a la autodeterminación informativa, “descubierto” por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Censo de población* de 1983. A juicio de ese tribunal, por los modernos sistemas de manejo de datos que en segundos permiten almacenar y obtener información, podría restringirse a los individuos su libertad de planeación o decisión autónoma si no consintieron la obtención de información acerca de su persona, lo que contravendría su derecho al libre desarrollo de la personalidad y afectaría su dignidad humana —que tutelan los artículos 2.1 y 1.1 de la Ley Fundamental—.²¹⁵

Como se ve de una lectura superficial, dichos preceptos no establecen claramente el derecho a la autodeterminación informativa, de ningún modo afirman concretamente que los individuos tienen el derecho (fundamental) a disponer de la información relativa a su persona, ni se expresan de modo que inmediatamente se desprenda tal proposición; sino en realidad dicha norma se constituyó por la apreciación del tribunal sobre las implicaciones de la “dignidad humana” y del “libre desarrollo de la personalidad”, confrontadas con los peligros de los avances tecnológicos, como un perfeccionamiento de la *Grundgesetz*.²¹⁶ Ello demuestra que a través del perfeccionamiento de las disposiciones constitucionales objetivas en que consiste su sobreinterpretación, pueden obtenerse “derechos asimilables a los fundamentales (*grundrechtsähnlichen Rechte*)” que son susceptibles de protección jurisdiccional.²¹⁷

También el anterior ejemplo clarifica las diferencias de la sobreinterpretación con la aplicación del argumento analógico.²¹⁸ Ésta puede ilustrarse con la decisión por la cual concluyó la Suprema Corte norteamericana que las normas derivadas de la cláusula de igualdad (*equal protection clause*) de la Enmienda XIV, expresamente sólo dirigida a los Estados y no a la federación, a través del debido proceso de la Enmienda V —aplicable generalmente— también resultaba aplicable a la última; considerando que ambos conceptos “descienden [del] ideal americano de equidad y razonabilidad (*fairness*)”, de tal manera que “sería impensable que la misma Constitución impusiera un deber menor al gobierno federal”.²¹⁹ En dicha resolución, las disposiciones relativas se aplicaron simplemente a la esfera jurídica del gobierno federal, sin mayor cambio y complicación, con base en el principio general enunciado; no se requirieron mayores consideraciones, como las realizadas por el tribunal alemán en el caso anterior.

La sobreinterpretación constitucional, como una especie de interpretación extensiva, es el instrumento adecuado para llenar lagunas constitucionales, con beneficios en una doble vertiente: dándole actualidad a las normas fundamentales ante nuevos acontecimientos de la vida social y otorgando mayor efectividad al orden constitucional al hacer posible la calificación jurídica de hechos que aparentemente no se considerarían susceptibles de examen jurídico constitucional, sino más bien abandonadas a la política o mejor dicho al arbitrio de los agentes políticos. Precisamente la necesidad de “actualizar” —en un sentido muy amplio— las

²¹⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José María Lujambio), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 159-160 (cursivas añadidas al texto transcrito).

²¹⁵ BVerfGE 65, 1 (41-47).

²¹⁶ Cfr. Limbach, *op. cit.*, nota 17, pp. 31-32. Véase también Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 35-37.

²¹⁷ BVerfGE 51, 130 (139). Véase *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-486 (1965).

²¹⁸ *Supra*, nota 202.

²¹⁹ *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

normas constitucionales para hacerlas corresponder con la cambiante realidad, faculta a los juzgadores a llevar a cabo la sobreinterpretación de las disposiciones relevantes, a fin de que puedan estar en condiciones de cumplir su función de resolver el (inédito) caso que se les plantea, y en la medida en que fuere necesario para ello.²²⁰

No puede negarse, a pesar de los beneficios de la sobreinterpretación constitucional, que la apertura y amplitud de la ley suprema también puede ser un riesgo para su efectividad normativa, si se sujeta la declaración de su significado a interpretaciones caprichosas de los órganos estatales, avaladas por la vaguedad de sus términos y la generalidad de sus principios,²²¹ supuesto en el que cobra mayor importancia la argumentación de los juzgadores constitucionales aunque no puedan establecerse apriorística y cabalmente los límites de validez de esta operación.²²²

3. *Solución de antinomias constitucionales*

A. *Conflictos normativos constitucionales*

Se presenta un conflicto normativo “cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles”²²³ porque su validez es mutuamente excluyente, de modo que no pueden coexistir en el orden jurídico.²²⁴ El concepto de “conflicto normativo” es genérico e incluye a la simple infracción —la irregularidad de una norma respecto de las que determinan materialmente su creación— y a la “antinomia” que se da “cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones”.²²⁵

Las antinomias pueden a su vez consistir en una relación de *contrariedad* o *contradicción* entre normas jurídicas que regulan un mismo supuesto o conducta —nunca entre las disposiciones que son simples enunciados textuales²²⁶—, según las formas deónticas específicamente reconocidas (obligación, prohibición, permiso y facultad) para la “comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos”, que

²²⁰ Cfr. BVerfGE 96, 375 (394-395).

²²¹ Cfr. Starck, *op. cit.*, nota 87, p. 196; y Reimer, *op. cit.*, nota 205, p. 386. En este mismo sentido, se afirma también la existencia de “principios supraconstitucionales” a los que está vinculado el Constituyente mismo; el tema conduce nuevamente a evaluar la posibilidad de arbitrariedad del intérprete constitucional y de su labor cuasilegislativa, representando asimismo un nuevo escenario de conflicto entre positivismo y naturalismo jurídicos; véase Troper, Michel, “La noción de principio supraconstitucional”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, pp. 88 y 99-103; y Ollero, Andrés, “Entre derecho natural y positivismo jurídico: el problema de la fundamentación del derecho”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, p. 872.

²²² “El juez tiene en ello que mantenerse libre de arbitrariedad; su decisión tiene que apoyarse en una argumentación racional [...] - [...] - Podrían cuestionarse sólo los límites de tal descubrimiento creativo del derecho (*schöpferischen Rechtsfindung*) [...]. Ellos no se encierran en una fórmula igualmente válida para todos los ámbitos jurídicos y para todas las relaciones jurídicas de las que ellos se ocupan o rigen”, BVerfGE 34, 269 (287-288). Desde el punto de vista de la seguridad jurídica como aspecto esencial del Estado de derecho, también véase *idem* 2, 380 (406).

²²³ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 52.

²²⁴ Cfr. Kelsen, *op. cit.*, nota 182, p. 214; y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. de Liliana Rivera Rufino, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, p. 24. “No basta que se trate de normas: no basta, sin embargo, que se trate de normas jurídicas, es necesario que [...] sean normas vigentes, pertenecientes al mismo sistema, pertenecientes al mismo ordenamiento”, Gavazzi, Giacomo, “Delle antinomie”, *Studi di teoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 50.

²²⁵ Huerta Ochoa, *loc. cit.*, nota 223; y Guastini, *op. cit.*, nota 180, p. 71.

²²⁶ Celotto, *op. cit.*, nota 224, p. 26; y Guastini, *loc. cit.*, nota 225.

mantienen entre sí complejas relaciones lógicas de oposición y correlación.²²⁷ Pero al cabo la simple contrariedad se reduciría a una relación de contradicción entre las formas deónticas fundamentales de permisión y prohibición;²²⁸ por ejemplo: en la contrariedad entre las normas “es obligatorio fumar” y “se permite fumar” —usando el ejemplo de Celotto—, en la que ambas proposiciones son inválidas, realmente se da una implícita contradicción entre la segunda como expresión de la forma deóntica fundamental de permisión, y la de prohibición expresada por la norma “se prohíbe fumar”; de manera que podemos decir que, finalmente, las antinomias consisten en una contradicción entre normas jurídicas diversas, una que permite una conducta y otra que la prohíbe, con consecuencias jurídicas excluyentes.

Generalmente los conflictos normativos se resuelven por la inaplicación de la norma irregular en virtud de oponerse a una norma de jerarquía superior, de acuerdo con el principio relativo, tratándose de la mera infracción;²²⁹ a través de la declaración de invalidez de alguna de sus “partes contendientes”, según el criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) que finalmente no es sino el reconocimiento a la conformación aplicable del ordenamiento jurídico; por medio una interpretación restrictiva de alguna de ellas, que reduzca su ámbito semántico para hacerla inaplicable al caso concreto por existir una norma que se adapta más precisamente a él, según el criterio de especialidad (*lex specialis derogat generali*); y por último, de un claro origen constitucionalista, a través del criterio de competencia por el cual se elimina la norma establecida por el órgano carente de facultades para establecerla.²³⁰

Sin embargo, en el derecho constitucional los instrumentos referidos son normalmente inútiles para resolver una contradicción normativa, por la *complejidad* con que las ocasiona la estructura de las disposiciones constitucionales.²³¹ Siendo tan abiertas las disposiciones constitucionales, sobre todo tratándose de principios, y pudiendo tener múltiples sentidos que corresponderían a igual número de normas jurídicas con el carácter de reglas, que no se enuncian explícitamente sino corresponde formularlas al intérprete, no es difícil imaginar que puede hallarse en el ordenamiento constitucional una inextricable trama de relaciones normativas.

Por tenersele como un “sistema más coherente” que el orden jurídico integral, al provenir de una sola autoridad y originarse en una sola voluntad, lo que da lugar al postulado de la unidad de la Constitución del que más adelante nos ocuparemos, teóricamente se excluye la existencia de las antinomias en el orden fundamental; pero sin llegar al extremo de negarse que puede existir una “cierta relación de tensión” entre las normas constitucionales y sobre todo las que tienen el carácter de principios, dado que su carácter abierto puede originar que de su interpretación puedan resultar diversas reglas con insalvable contradicción entre sí, aunque hayan sido establecidas con una única voluntad.²³² Más bien a dicha tensión, antes que a una

²²⁷ Véase Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, 5a. ed., México, Fontamara, 2001, pp. 45 y ss.

²²⁸ *Supra*, nota 184.

²²⁹ Véase Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 115.

²³⁰ Guastini, *op. cit.*, nota 180, pp. 72-73; y Celotto, *op. cit.*, nota 224, p. 48. Véase Gavazzi, *op. cit.*, nota 224, pp. 73 y ss.

²³¹ *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 222-223 y 228; y Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 127. Véase *supra*, cap. segundo, §§ I.1 y IV.

²³² *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 11; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 81. Véase *infra*, § III.2.A.

abierta contradicción entre los sentidos de las disposiciones de la ley fundamental, a un nivel meramente literal, se hace alusión cuando se habla de “antinomias constitucionales”.²³³

De lo anterior proviene que las contradicciones normativas del orden constitucional se presenten muchas veces como “conflictos de derechos”, como el que puede existir entre la libertad de expresión y el derecho al honor.²³⁴ Obviamente una concepción sistemática del orden constitucional no admite que los bienes y valores que éste —y cualquier otro— tutela se vean de un modo en que “un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho”, como “enemigos naturales”, sino desde una perspectiva que permita su coexistencia mediante la conjugación de sus finalidades y los bienes que tutelan; desde esta óptica, no puede haber un “conflicto de derechos”, más bien debería hablarse de uno entre pretensiones e intereses subjetivos (litigio), pretendidamente avalados por *reglas jurídicas contradictorias*.²³⁵

La anterior precisión respecto a la contradicción entre reglas constitucionales es pertinente en vista de la célebre teoría de Alexy.²³⁶ Se distingue la “colisión de principios” del “conflicto de reglas” en que el primero se resuelve por un ejercicio de “ponderación” al que nos referiremos en el siguiente epígrafe y, el segundo, en la declaración de invalidez absoluta de alguna de las reglas que participan en él; si bien la ponderación *no culmina con la invalidez absoluta del principio superado en ella*,²³⁷ para su realización se requiere reformular los principios correspondientes en “juicios normativos jurídicos (*rechtlich Sollenurteil*) concretos y contradictorios”, lo que traduce dicha colisión en un “conflicto de reglas” que se resuelve mediante la declaración de invalidez de alguna de ellas.²³⁸ Los principios llegan a ser colidentes porque algunas reglas derivables de ellos se contradicen en un caso concreto y establecen una relación antinómica.²³⁹

Sin duda es posible disolver algunas contradicciones del ordenamiento constitucional a través de los criterios tradicionales; pero, si éstos incluso no son útiles para las antinomias ordinarias, menos ayuda proporcionarán a la solución de las constitucionales.²⁴⁰ En la gran mayoría de los casos,²⁴¹ éstas no pueden resolverse privilegiando a la ley posterior sobre la

²³³ Ehmke, *op. cit.*, nota 2, p. 353.

²³⁴ Ejemplo paradigmático de los “conflictos” entre derechos fundamentales, la versión más divulgada de las antinomias constitucionales. *Cfr.* Serna y Toller, *op. cit.*, nota 176, pp. 5 y 29.

²³⁵ Castillo Córdova, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 128; y Serna y Toller, *op. cit.*, nota 176, pp. 37 y 53. *Cfr.* Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 231, p. 234.

²³⁶ Véase *supra*, cap. segundo, § IV.2.

²³⁷ Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 85; y Dworkin, *op. cit.*, nota 95, p. 26.

²³⁸ *Cfr. ibidem*, p. 81 (cursivas añadidas al texto transcrito).

²³⁹ Véase *supra*, nota 226.

²⁴⁰ “Los medios jurídicos no son, sin embargo, los únicos remedios para resolver las antinomias. Éstos sobre todo pueden resultar incompletos en el sentido de que no servirían para resolver determinados tipos de antinomias”, Gavazzi, *op. cit.*, nota 224, p. 71.

²⁴¹ Considerando una hipótesis “simple”, o sea a un ordenamiento fundamental integrado por las disposiciones textuales de la Constitución en sentido formal, puestas en vigor en un mismo momento y carente de modificaciones; porque precisamente por éstas puede dar cabida a nuevas relaciones entre sus normas. *Cfr.* Orunesu, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 120-121; Celotto, *loc. cit.*, nota 224; y Baldus, Mandred, *Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtslehre, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, p. 185.

anterior, pues todas ellas fueron establecidas al mismo tiempo, y tampoco a través del principio de jerarquía²⁴² ya que también se encuentran a un mismo nivel de gradación.

Por lo que toca al criterio de especialidad, aunque algunas contradicciones pueden prevenirse o resolverse mediante una interpretación restrictiva que convierte a una de las normas que participan en ella, en la *lex specialis* aplicable.²⁴³ Pero, en tanto normalmente implica “una *decisión consciente del legislador* de regular con carácter general una situación y exceptuar de la misma algún aspecto de esta última”,²⁴⁴ existen casos en los que no es de utilidad inmediata porque la *lex specialis* no es discernible por una mera exégesis textual debido a la estructura indeterminadísima de las disposiciones constitucionales, nivel en que generalmente se aplica dicho criterio.²⁴⁵ Volviendo al típico ejemplo de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, podemos imaginar las normas respectivas como leyes generales expresadas por reglas que ordenen que las personas tengan esos derechos; pero no existe en el ordenamiento, o al menos no es a primera vista distinguible, una *lex specialis* disponiendo que en las circunstancias específicas y no genéricas del caso en que ambos principios se enfrentan, alguno superará al otro.²⁴⁶

La aplicación del criterio de especialidad requiere ante todo que se concrete la norma especial que supera a la general, para lo cual es preciso realizar una interpretación adecuada de varias disposiciones constitucionales que en ocasiones basta realizar sencillamente, pero que en otras —muchas más— se vuelve tan compleja que ni siquiera se considera una operación interpretativa —aunque sí lo es, como veremos—,²⁴⁷ y el conflicto se resuelve —como señaló la jurisdicción alemana en el caso *Mephisto*— “según el orden de valores iusfundamental y bajo la consideración de la unidad de este sistema axiológico fundamental”,²⁴⁸ lo que lleva la solución de antinomias constitucionales a “un plano superior al derecho positivo, [...] casi siempre apelando a la ética o a la moralidad”.²⁴⁹

B. Principio de proporcionalidad e interpretación constitucional

Para prevenir o resolver antinomias de tipo complejo como la expuesta, se necesita un análisis *profundo* y en ocasiones *sutil*²⁵⁰ sobre la forma en que se relacionan, en las circunstancias del caso concreto, los bienes jurídicos que tutelan las normas fundamentales

²⁴² A menos que se admita que las normas en cuestión tienen *a priori* y *definitivamente* diferente valor dentro del ordenamiento constitucional, en cuyo caso simplemente se impondría la tenga el mayor; *cfr.* Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 231, pp. 232-233; y Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 80. De lo anterior nos ocuparemos en *infra*, § III.2.C.

²⁴³ Guastini, *op. cit.*, nota 180, pp. 73-74.

²⁴⁴ Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 465 (cursivas añadidas).

²⁴⁵ *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, pp. 99-100.

²⁴⁶ “La decisión sólo puede alcanzarse desde una perspectiva integral (*Gesamtanschauung*) del caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias esenciales”, BVerfGE 7, 198 (212).

²⁴⁷ *Cfr.* Lenz, Sebastian y Philipp Leydecker, “Kollidierendes Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer/Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, p. 842. Véanse BVerfGE 30, 173 (191); y 108, 282 (297).

²⁴⁸ BVerfGE 30, 173 (193).

²⁴⁹ Gavazzi, *op. cit.*, nota 224, p. 72.

²⁵⁰ *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 321.

que confluyen en él.²⁵¹ Dada la pretensión de corrección, objetividad y razonabilidad del derecho,²⁵² la solución de tal conflicto normativo no debe abandonarse a la intuición o, peor aún, a la buena voluntad de los operadores jurídicos, sino requiere pautas metodológicas que contribuyan a moderar en una manera justa, de “*igualdad proporcional*”,²⁵³ la relación de los intereses en conflicto y las normas jurídicas que los apoyan.

El “principio de proporcionalidad”, desarrollado especialmente en Alemania, implica criterios de solución a tales conflictos, que aseguran al máximo grado posible la objetividad del operador jurídico y “establecer resultados o decisiones de manera *racional* que son bastante aceptables”.²⁵⁴ Comenzaremos por exponer brevemente las generalidades y elementos de dicho principio,²⁵⁵ para luego establecer su naturaleza como instrumento hermenéutico.

La “proporcionalidad” es una “noción general” que puede aplicarse y entenderse en cualquier área del conocimiento humano, que consiste en una *relación adecuada* entre cosas diversas, y evoca las ideas de “orden” y “armonía” entre ellas.²⁵⁶ Primeramente se empleó en las matemáticas así como en la filosofía clásica griega y, en el campo específico del derecho, puede decirse que es de uso habitual en muchas de sus áreas;²⁵⁷ pero en la materia constitucional tiene una importante función que responde especialmente a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”, para impedir su “sacrificio excesivo e innecesario”²⁵⁸ — paradigma que usaremos en la exposición de este tema—,²⁵⁹ aunque es aplicable como método de solución de cualquier oposición en la tutela de bienes jurídicos y en la correspondiente antinomia que ella origina, que resuelve mediante su conjugación racional.

El uso del principio de proporcionalidad —en especial por lo que toca a los derechos fundamentales— puede fundarse en: 1) diversas *disposiciones constitucionales* que lo impliquen o establezcan más o menos expresamente; 2) la propia *naturaleza y estructura de los derechos fundamentales*, que manda optimizar su eficacia normativa; 3) en el principio de Estado constitucional democrático y las *prohibiciones de arbitrariedad y exceso* que a éste son inherentes.²⁶⁰ En todo caso se apoyaría en las directivas de interpretación que ordenan dar a las

²⁵¹ Invariabilmente, tras cada norma jurídica se halla un interés humano al que se aplica algún valor, que aquélla intenta proteger. Véase Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 94, pp. 226-230.

²⁵² Alexy, *op. cit.*, nota 75, pp. 165 y 264-268; y Wróblewski, *op. cit.*, nota 1, 2003, p. 46.

²⁵³ Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 94, p. 481 (cursivas añadidas).

²⁵⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 150 (cursivas añadidas).

²⁵⁵ Para un más amplio desarrollo del tema, véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

²⁵⁶ Cfr. Doczi, György, *El poder de los límites. Proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura*, trad. de Alejandra Vucetich, Buenos Aires, Troquel, 2004, pp. 1 y 8. El vocablo alemán para “proporcionalidad” (*Verhältnismäßigkeit*), que denomina el concepto que tratamos en la doctrina y la jurisprudencia tudesca, equivale literalmente a “moderación (*Mäßigkeit*) de una relación (*Verhältnis*)” o sea al estado o cualidad (sufijo alemán *-keit*, asimilable al hispano *-dad*) de colocación de una relación en un punto medio, moderado (*mäßig*); en todo caso implica la interacción “adecuada”, “a la medida (*Maß*)”, entre dos objetos.

²⁵⁷ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 39-40; y Matscher, Franz, “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 37.

²⁵⁸ STC 136/1999, FF.JJ. 22 y 24. Véanse BVerfGE 7, 198 (208-209); 7, 377 (404-409); 12, 45 (53); y STC 11/1981, F.J. 7.

²⁵⁹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 31. Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 568.

²⁶⁰ Véanse *ibidem*, p. 596; Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, pp. 54-58; Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 75-76; y Borowski, Martin, *La estructura de los*

disposiciones constitucionales la máxima efectividad real posible optimizando las posiciones jurídicas colidentes a las que se adscriben,²⁶¹ e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa.²⁶² Adoptando una posición ecléctica, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado que

El principio de proporcionalidad tiene rango constitucional en la República Federal de Alemania. Resulta del principio de Estado de Derecho y también en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea imprescindible para la protección de un interés público.²⁶³

Diversas jurisdicciones constitucionales e internacionales han usado del principio de proporcionalidad,²⁶⁴ de modo que su idea esencial “es aplicada casi universalmente en el mundo jurídico occidental”;²⁶⁵ se le conoce por una variada nomenclatura como “principio de razonabilidad” o “juicio de ponderación”²⁶⁶ pero al cabo se alude a lo mismo. No obstante esta diversidad, son la dogmática y la jurisprudencia alemanas quienes le han otorgado su nomenclatura y configuración más divulgada, que utilizaremos.

El principio de proporcionalidad es extenso (*comprehensive*) y complejo;²⁶⁷ según la opinión ortodoxa, *lato sensu* se compone de tres subprincipios:²⁶⁸ idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*,²⁶⁹ aunque también se ha

derechos fundamentales, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-131.

²⁶¹ Cfr. Lenz y Leydecker, *op. cit.*, nota 247, p. 843.

²⁶² Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 608-609; BVerfGE 28, 243 (261); e *infra*, §§ III.1 y III.2.

²⁶³ BVerfGE 19, 342 (348-349). Véanse también BVerfGE 30, 250 (263); 35, 382 (400-401); y 55, 159 (165).

²⁶⁴ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 44 y 46-53. Véanse STC 207/1996, F.J. 4, inc. E); *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242, 258 (1937); *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968); TEDH, *Gillow v. United Kingdom*, núm. 9063/80, fondo, 24 de noviembre de 1986, § 55; TEDH, *Rasmussen v. Denmark*, núm. 8777/79, fondo, 28 de noviembre de 1984, § 40; CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, §§ 43 y 67; y CIDH, *Herrera Ulloa*, fondo, 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, §§ 112-116 y 120-123.

²⁶⁵ Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, p. 24.

²⁶⁶ Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 231, p. 232.

²⁶⁷ Cfr. Alexy, Robert, “Constitutional rights, balancing, and rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing./Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 135.

²⁶⁸ BVerfGE 30, 292 (316-317); 67, 157 (173); y 90, 145, (172-173); Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 100-104; Borowski, *op. cit.*, nota 260, pp. 129-131; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 38; Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, pp. 61 y ss.; Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997, p. 21; y Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 231, pp. 240-242.

²⁶⁹ La *idoneidad* significa que una medida legislativa que interviene en un derecho fundamental —u otro principio constitucional—, por la cual se promueve un fin constitucionalmente legítimo apoyado sobre otro principio fundamental, de algún modo contribuya a lograr ese fin; la *necesidad*, que dicha medida sea la menos perjudicial para el derecho intervenido, entre todas las que satisfagan el fin perseguido en igual medida; y la *proporcionalidad en sentido estricto* o *ponderación*, que el beneficio obtenido por el bien tutelado por el principio impulsado por la intervención en un derecho fundamental, justifique ésta por ser de igual o mayor intensidad, de acuerdo con la valoración de ambos dentro del sistema constitucional —precisamente la “ley de ponderación” del profesor de Kiel—. Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 38 y 759 y ss. (estas últimas sobre la proporcionalidad *stricto sensu*, de más difícil aprehensión); y Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 146. Sobre la necesidad de fundamento constitucional para la intervención de derechos fundamentales —u otro principio—, en razón de su aplicabilidad inmediata y la supremacía de la Constitución; véanse BVerfGE 12, 45 (53); y 28, 243 (261).

sostenido la opinión de que cada uno de dichos subprincipios son entidades diversas.²⁷⁰ De cualquier modo, los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* son elementos que determinan la licitud de una medida interviniente en un derecho fundamental, porque todas expresan “expresan un conjunto de *condiciones de racionalidad* que toda medida estatal debe cumplir”,²⁷¹ convirtiéndose entonces en un límite constitucional que deben respetar el legislador y otros operadores; de modo que podríamos decir que cada uno de los mencionados subprincipios representa un aspecto especial de la proporcionalidad, de una “justa medida” entre objetos diversos para que uno afecte al otro sólo en medida indispensable.²⁷²

Debido a su impronta iusnaturalista que lo basa en la “naturaleza” de los bienes constitucionales en conflicto y su relación, puede considerársele un criterio extrajurídico para la solución de antinomias que tome en cuenta razones de eficiencia y juicios de valor, sobre todo en el nivel de proporcionalidad *stricto sensu* o ponderación.²⁷³ Sirve en un conflicto potencial entre normas constitucionales,²⁷⁴ una que exige o promueve la concreta intervención legislativa en los derechos fundamentales²⁷⁵ y otra que la prohíbe, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de aplicación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él; precisa el significado de las disposiciones constitucionales a las que se adscriben ambas normas, es decir corresponde a la *interpretación* de aquéllas.²⁷⁶

Aunque la afirmación admitiría algunos matices tratándose de los criterios de idoneidad y necesidad, a grandes rasgos puede decirse que el examen de proporcionalidad *lato sensu* es un instrumento metodológico para formular una regla precisa cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse aplicar

²⁷⁰ Cfr. Hotz, Werner Friedrich, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1977, p. 77; y Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 472.

²⁷¹ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 537 (cursivas añadidas).

²⁷² El “justo medio” es precisamente uno de los pilares de la ética aristotélico-tomista. En ese sentido el Estagirita ha señalado que “La virtud es, por tanto, un hábito selectivo, consistente en una *posición intermedia* para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios, el uno por exceso y el otro por defecto...” y que “No se censura al que se desvía ligeramente de lo que está bien [...]; pero sí al que se aleja más...” (véase *Ética nicomaquea*, 16a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1997, lib. II, §§ V-IX, pp. 21-27; cursivas añadidas al texto transcrito); por su parte, con referencia concreta al orden jurídico y precisamente al principio de proporcionalidad, el Doctor Angélico piensa que “nunca debe cambiar la ley humana sino sólo cuando en otra parte se recompensa al bien común (*salus communis*) por cuanto en esta parte se deroga” (*Summa theologiae*, I^a II^{ae}, q. 97, art. 2, *resp.*; citado en Gavazzi, *op. cit.*, nota 224, p. 162).

²⁷³ Cfr. Hotz, *op. cit.*, nota 270, p. 1; Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, p. 68; Radbruch, *op. cit.*, nota 99, pp. 23 y ss; y *supra*, nota 249; y STC 219/1992, FF.JJ. 1-2.

²⁷⁴ Hablamos de un “conflicto normativo potencial” porque aun la simple infracción constitucional —que no es una contradicción normativa, sino un mero conflicto—, que implica la (posible) existencia de una norma fundamental que permite o exige la emisión del acto ordinario irregular que (probablemente) se impugna ante la jurisdicción constitucional, de acuerdo con la interpretación de su autor. Cfr. Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 223, pp. 52 y 59; y *United States v. Five Gambling Devices*, 346 U.S. 441, 449 (1953).

²⁷⁵ “La garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales] se reduce al principio de proporcionalidad”, Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 269. Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 142 y 149 —con cierto matiz material y no como un criterio simplemente “económico”—; Häberle, *loc. cit.*, nota 273; Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, pp. 97-98; y Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 181.

²⁷⁶ “El principio de proporcionalidad se define por antonomasia como un criterio para concretar y fundamentar las normas iusfundamentales adscritas, es decir, para fijar el contenido de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad, a partir de las disposiciones de derecho fundamental”, Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 561.

condicionadamente las consecuencias jurídicas de una de las normas constitucionales colidentes, para que ésta rija el caso; a ello se refiere, en nuestra opinión, la “ley de colisión (*Kollisionsgesetz*)” alexiana, consistente en un “enunciado de preferencia”:

Las condiciones bajo las cuales un principio supera al otro [en un caso concreto], forman el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio preferente (*vorgehendes Prinzip*).²⁷⁷

Esta regla de precedencia condicionada deriva de la precisión o matización interpretativa de las normas constitucionales en conflicto, cuyo resultado es la adición al sistema jurídico de una norma jurídica constitucional a la cual es posible subsumir el caso concreto; da a alguna de las normas antinómicas un significado restringido que la hace inaplicable y vuelve a su contendiente la *lex specialis* del caso.²⁷⁸ Puede concebirse la ley de colisión como una aplicación del criterio de especialidad que resuelve la colisión constitucional “reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión”.²⁷⁹

Se dice también que el examen de proporcionalidad ocasiona que la jurisdicción constitucional, al analizar una medida legislativa o administrativa, invada el ámbito de apreciación reservado a otros poderes; pero ello no nos parece justificación para desechar el uso del principio que estudiamos, sino más bien un factor que en el peor caso obligue a reforzar la debida argumentación de los tribunales,²⁸⁰ porque precisamente a ellos toca “la delicada y difícil tarea [...] de ponderar (*to weigh*) las circunstancias y apreciar la sustancia de las razones esgrimidas en apoyo de la regulación del libre goce de los derechos”.²⁸¹ En realidad, el examen que realiza la jurisdicción constitucional al aplicar sobre todo el principio de proporcionalidad tiene como fundamento la aplicación de un *límite constitucional* a la actuación de los poderes públicos y en especial a la del legislador, que deriva de la función esencial que le otorga la misma Constitución y a cuyo ejercicio no puede renunciar: proteger al máximo la eficacia de las disposiciones fundamentales.²⁸² Sin duda, no corresponde a los jueces constitucionales revisar la oportunidad o conveniencia —criterios típicamente “políticos”—, su labor consiste exclusivamente en decidir sobre la validez de un acto según esté prohibido o permitido por la ley fundamental; pero debe apreciarse que el principio de proporcionalidad no opera en el vacío, sino en la aplicación de un parámetro constitucional para la determinación anterior: la optimización de los derechos fundamentales —u otro principio constitucional—, para establecer si el agente cuya actuación evalúa lo cumplió o no.

²⁷⁷ Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 84. “La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia *condicionada*”, Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 100 (cursivas añadidas).

²⁷⁸ Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 87; y Gavazzi, *op. cit.*, nota 224, p. 161.

²⁷⁹ Guastini, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Barcelona, Gedisa, pp. 168 y s., citado en Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 231, p. 225, n. 14.

²⁸⁰ Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 249-250; y Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 242-244.

²⁸¹ *Schneider v. State (Town of Irvington)*, 308 U.S. 147, 161 (1939).

²⁸² Véase BVerfGE 7, 377 (409-411).

III. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL GENERALMENTE ACEPTADOS

1. *Plena fuerza normativa constitucional*

A. *Eficacia plena e inmediata del texto constitucional*

Todas las disposiciones de la ley fundamental están llamadas a regir inmediatamente la conducta humana y no son meras sugerencias ideales; dan lugar a normas jurídicas en todos los sentidos y “no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo”.²⁸³ Tal es el postulado imperante en la actualidad sobre la juridicidad de la ley fundamental, que todas sus normas son de eficacia plena y directa salvo buenos argumentos en contrario, por el solo hecho de estar contenidas en ella.²⁸⁴

La interpretación que dé efectividad a una disposición²⁸⁵ es utilizable en toda materia jurídica, pero en la constitucional es particularmente relevante porque se vincula con la histórica ausencia de carácter jurídico de la Constitución.²⁸⁶ Favorecer la eficacia jurídica de las disposiciones constitucionales para que éstas realmente sean normativas de la conducta del Estado y de otros actores sociales, es algo para lo cual la teoría constitucional ha demostrado especial preocupación y no ha escatimado esfuerzo en establecer; por lo menos para el ámbito europeo e iberoamericano porque en los Estados Unidos precisamente la naturaleza jurídica de la Constitución es la piedra angular de la *judicial review*,²⁸⁷ para el cual ha sido fundamental la doctrina de Konrad Hesse sobre la “fuerza normativa de la Constitución”, basada en la tesis de que ésta contiene un “deber ser (*Sollen*)” que orienta a la realidad sociopolítica y la conducta humana.²⁸⁸

El principio interpretativo de dar máxima eficacia a las disposiciones constitucionales se adscribe por partida doble a un criterio teleológico.²⁸⁹ Primeramente, porque con su

²⁸³ García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 71.

²⁸⁴ Da Silva, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 61-62, 65 y 73. Véase *supra*, nota 34.

²⁸⁵ Que puede conseguirse a través de los argumentos de “no redundancia”, apagógico y pragmático, ya sea para rechazar un enunciado interpretativo que inutilice o minimice a una disposición constitucional o promover alguno que la optimice. Véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 233-234, 270-273 y 286-288.

²⁸⁶ *Cfr. ibidem*, p. 285; y Aja, Eliseo y Markus González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 287. Véase *supra*, cap. segundo, § III.1.

²⁸⁷ Al respecto es expresiva la Suprema Corte en *Trop v. Dulles*: “Las disposiciones de la Constitución no son adagios gastados (*time-worn*) o lemas (*shibboleth*) vanos, son principios vitales y vivientes que autorizan y limitan los poderes gubernamentales en nuestra nación; son las reglas del gobierno. Cuando la constitucionalidad de una ley del Congreso se impugna ante esta Corte, tenemos que aplicar esas reglas; si no lo hacemos, las palabras de la Constitución se convierten en poco más que un buen consejo” (356 U.S. 86, 103-104 [1958]). Sobre el argumento de no redundancia en la jurisprudencia norteamericana, véanse *supra*, nota 34; *Lessee of Livingston v. Moore*, 32 U.S. (7 Peters) 469, 483 (1833); *Holmes v. Jennison*, 39 U.S. (14 Peters) 540, 570-571 (1840); *Ward v. Race Horse*, 163 U.S. 504, 508 (1896); *Knowlton v. Moore*, 178 U.S. 41, 87 (1900); y *Connecticut National Bank v. Germain*, 503 U.S. 249, 253 (1992).

²⁸⁸ *Cfr. Vigo, op. cit.*, nota 8, p.107; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 288, n. 13; Sagüés, *op. cit.*, nota 206, pp. 11 y 18-19. La tesis del profesor de Friburgo se concentra en *op. cit.*, nota 7, p. 16; y en *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 8.

²⁸⁹ Y también puede afiliarse al sistemático, por su relación con la idea de un “Constituyente racional” que “no hace nada inútil”, por lo que a *todas* las disposiciones constitucionales habrá de darse algún contenido normativo. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 277; e *infra*, § III.2.B.

observancia se realizaría la finalidad genérica de toda norma jurídica, independiente de su contenido: regir funcionalmente la conducta humana con la máxima efectividad; sería impensable una disposición de autoridad gratuitamente establecida o limitar su eficacia sin razón suficiente para ello —que pueden aportar otras disposiciones—. ²⁹⁰ En segundo término, consecuente con lo anterior, porque con él se implementan y consolidan los valores tutelados por la Constitución mediante la aplicación de normas derivadas de sus disposiciones, que tengan suficiente amplitud para comprender el mayor número de situaciones con las que pudieran relacionarse. ²⁹¹

Una de las iniciales aplicaciones de este principio, que a pesar de su carácter fundamental para la ciencia constitucional no siempre es notada como tal, es la que dio pie a la doctrina de las facultades implícitas de las autoridades, sobre todo legislativas. ²⁹² En su multicuada opinión en *McCulloch v. Maryland*, Marshall expresó que precisamente para que sean eficaces los poderes que la Constitución atribuyó a las distintas ramas del gobierno, deben tenerse por implícitamente otorgadas las facultades más concretas y no expresadas por el texto fundamental, que sean necesarias para su debido ejercicio. ²⁹³

En tiempos algo más recientes, este principio hermenéutico ha tenido una especial trascendencia para los derechos fundamentales, en cuyo ámbito incide el principio *pro homine* del que ya nos hemos ocupado. ²⁹⁴ De acuerdo con él, deben establecerse las diversas funciones que desempeñan los derechos fundamentales y de acuerdo con ellas preferirse la interpretación “que con mayor fuerza despliegue la eficacia jurídica de la norma correspondiente (*die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet*)”, ²⁹⁵ implicando lo anterior “el bien entendido de que deberá igualmente atenderse a la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable para la eficacia y conforme con la esencia de tales derechos”. ²⁹⁶ Este

²⁹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 288; Sagüés, *op. cit.*, nota 206, pp. 34-35; y García Máynez, *op. cit.*, nota 184, pp. 130-133.

²⁹¹ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 286; Wróblewski, *op. cit.*, nota 178, pp. 104-105; y Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 142-151.

²⁹² Véase Burgoa, *op. cit.*, nota 4, p. 668.

²⁹³ “No puede pretenderse que a estos vastos poderes son consecuentes (*to draw after them*) otros de inferior importancia solamente porque ellos son inferiores. Tal idea nunca podrá proponerse. Pero sí puede sostenerse con gran razón que a un Gobierno al que se le han confiado tan amplias facultades, de cuya debida ejecución dependen muy vitalmente la felicidad y la prosperidad de la Nación, tienen asimismo que confiárseles amplios medios para su ejecución. Otorgado el poder, es en el interés de la Nación facilitar su ejecución. Nunca podrá ser en su interés, y no puede presumirse que ésa haya sido su intención, estorbar y dificultar (*to embarrass*) su ejecución reteniendo los medios más apropiados. [...] ¿Podemos adoptar una construcción (a menos que las palabras la requieran imperiosamente) que impute a los redactores de ese instrumento [constitucional], al conferir estos poderes para el bien público, la intención de impedir su ejercicio al retener una elección de medios? [...] No se niega que los poderes otorgados al Gobierno implican los medios ordinarios de ejecución”. 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 407-409 (1819). Véase también *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 394 (1821).

²⁹⁴ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 316-318; y Carbonell, *op. cit.*, nota 231, pp. 130-132. Véase *supra*, cap. tercero, § IV.

²⁹⁵ BVerfGE 6, 55 (72). La frase transcrita la tomó el tribunal alemán de Thoma, R, “Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen”, en Nipperdey, H. C. (ed.), *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, 1929, vol. I, p. 9; según Ehmke, este autor “única y exclusivamente” quiso decir con ella que “los enunciados iusfundamentales ‘dudosos’ deben entenderse con calidad jurídica y no con simple carácter político programático”, y que “de ninguna manera pueden obtenerse del enunciado, claves sobre el ‘contenido especial’ de un derecho fundamental que [...] sean irrelevantes al enunciado” (*op. cit.*, nota 2, p. 359); de este modo pretende criticar dicho comentarista su descontextualización por parte del tribunal de Karlsruhe.

²⁹⁶ STC 281/2005, F.J. 8.

principio, como es obvio, ha sido punta de lanza para la desformalización del ejercicio de derechos fundamentales, especialmente los de carácter procesal.²⁹⁷

Cuestiones importantes para la aplicación de este principio es la existencia de disposiciones programáticas o directrices en la Constitución y el caso de sus llamados “elementos de aplicabilidad”: disposiciones preambulares, transitorias y relativas a su promulgación, publicación e inicio de vigencia.²⁹⁸ A estos temas dedicaremos las próximas secciones.

B. *Disposiciones programáticas*

No deja de admitirse la persistencia en los textos constitucionales —y no podría ser de otro modo tratándose de un ordenamiento fundamental— de cláusulas de principio programático²⁹⁹ en las cuales el Constituyente en vez de regularse directa e inmediatamente ciertos intereses, simplemente se les trazan principios a cumplir por los órganos del Estado en diversas actividades, para realizar los fines del Estado;³⁰⁰ y tampoco que puedan tener una eficacia tan limitada, que puedan fundar un prejuicio ideológico que por diversos factores impida la efectividad de las disposiciones constitucionales que las contienen, sobre todo las relativas a derechos sociales, como sucedió durante décadas.³⁰¹

Bajo la tesis de que la Constitución es una norma jurídica y en su texto no existen “lemas vanos” sino que habrá de verse en sus enunciados “derecho concentrado” —según la feliz expresión de Peter Lerche³⁰²—, que pueden ocasionar problemas interpretativos pero que “en ningún caso podrá concluirse en su falta de carácter normativo y en la eficacia de su vinculación general”,³⁰³ que además lleva a afirmar la aplicabilidad directa de las normas de la ley fundamental;³⁰⁴ se ha reconocido la “eficacia jurídica inmediata, directa y vinculante” de las normas programáticas como orientación axiológica, aunque sea incipiente, para la concepción comunitaria sobre el Estado y la sociedad e influir en la interpretación jurídica —la constitucional incluida—, sin estar condicionada a la actividad reguladora del legislador, ya que de esa misma manera limitan la autonomía de sujetos públicos y privados.³⁰⁵ El

²⁹⁷ Véanse Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 298-309; SSTC 304/2005, F.J. 3, y 284/2005, F.J. 3.

²⁹⁸ Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 190-191.

²⁹⁹ Superando la burda clasificación entre normas constitucionales plenamente eficaces y las meramente “programáticas” de aplicación supeditada a ulterior desarrollo legislativo, ya se reconocen categorías intermedias: las normas de eficacia limitada y las de eficacia contenida; véase Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 65-68. Otra clasificación puede verse en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 193-195.

³⁰⁰ Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 124-125.

³⁰¹ Dichos factores son: la dificultad de determinar la conducta estatal debida, por falta de especificación; la autorrestricción del poder judicial frente a cuestiones políticas y técnicas; la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales; y una escasa tradición de control judicial en la materia y de exigencia de los derechos sociales. Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad jurídica de los derechos sociales”, en Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-56 y 68-78.

³⁰² Aunque originalmente, esta frase (“*Verfassung als Konzentrat*”) parece aludir precisamente a una “concentración” del derecho ordinario en el constitucional, o sea a que lo dispuesto en el primero en realidad es un simple desarrollo de normas ya imbibidas en el último; corolario de una visión axiológica de la ley fundamental. *Cfr.* Walter, *op. cit.*, nota 62, p. 521.

³⁰³ García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, pp. 68-71; y *supra*, notas 283 y 287.

³⁰⁴ *Cfr.* Guastini, *op. cit.*, nota 214, pp. 158 y 160-161.

³⁰⁵ Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 125, 143-145 y 151.

pensamiento anterior lo ha cristalizado el Tribunal Constitucional español, al fundar una importante línea jurisprudencial, en términos que por su claridad y precisión conviene repetir:

[L]os principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos [...] y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos [...]. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable [...].- Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un *mínimo contenido* [...], ya que de otro modo [...] la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella.^{306 y 307}

La idea de un “contenido mínimo” inmediatamente aplicable de las disposiciones constitucionales programáticas, es en realidad una “transacción” para hallar el punto medio entre el respeto a la competencia del órgano a quien se discierne la facultad de su cumplimiento y la necesaria efectividad directa que se desprende de su carácter supremo constitucional, que no puede dejarse por entero al arbitrio del referido órgano; dicho contenido mínimo es el eje que establece la norma y alrededor del cual pueden darse diversas alternativas de realización hacia los objetivos y cauces que traza, y “no puede quedar sin efecto ni aplicabilidad mientras su despliegue no es llevado a cabo”; incluso quienes sostienen que las disposiciones programáticas o directrices constitucionales tienen una “condicionalidad suspensiva”, admiten que en ellas “hay partes operativas” ya que establecen como límite al legislador la prohibición de omitir alguna acción o procurar el fin que disponen.³⁰⁸ Se trata, cuando menos, de “reglas de fin” que imponen a los poderes públicos, sobre todo al legislador, la obligación ineludible de lograr un “estado de cosas prescrito”,³⁰⁹ y tal objetivo y las diversas situaciones en que puede concretamente actualizarse constituyen el *minimum* en el que adquieren plena fuerza jurídica las disposiciones relativas, sin que obste a ello su falta de

³⁰⁶ STC 15/1981, F.J. 8 (cursivas añadidas). Continúan en esta dirección las SSTC 21/1981, F.J. 17; 254/1993, F.J. 6; 31/1994, F.J. 7; y 169/2003, F.J. 3.

³⁰⁷ El Tribunal Constitucional Federal alemán vislumbró lo anterior en una resolución que Bidart Campos califica de “*leading case*” en la materia (*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ediar, 2003, p. 231); se trató de una queja constitucional contra el trato legal diferenciado entre hijos nacidos de matrimonio y naturales, por disposiciones que no se habían adecuado al artículo 6.5 de la Ley Fundamental que delega al legislador establecer las condiciones necesarias para su trato igualitario, no de una norma programática como el derecho a la vivienda o a la salud. El tribunal germano, resolvió en esa ocasión, en resumen, que la omisión legislativa es una contravención al legislador y que ella no le impone restricción para aplicar dicho precepto constitucional; en tanto 1) éste tenga un “suficientemente claro contenido jurídico positivo” que no ponga en riesgo la seguridad jurídica, que le dé la calidad de “verdadera norma jurídica” que adquiera inmediata aplicabilidad como criterio de interpretación jurídica, y 2) haya transcurrido un plazo adecuado para que el legislador expida las disposiciones que requiere dicha norma constitucional —en el caso, habían pasado veinte años—; ello en virtud de que la disposición en cuestión se relaciona íntimamente con valores fundamentales del ordenamiento, cuya satisfacción no puede quedar al arbitrio del legislador, y porque corresponde a los tribunales proceder en su ámbito de competencias de modo que se cumplan las prescripciones de la Constitución (BVerfGE 25, 167 [179-188]). Desde luego, del reconocimiento que en este asunto se dio al “contenido mínimo” de las disposiciones constitucionales, procede la jurisprudencia alemana menos rígida que la comentada y la cual expondremos más adelante, que despliega al máximo las posibilidades de aplicación de los principios constitucionales.

³⁰⁸ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, pp. 223-226.

³⁰⁹ Véase Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 121, pp. 35 y 37-38.

desarrollo ulterior, que les permite aplicabilidad inmediata en alguna medida y ser útiles como parámetros de constitucionalidad y de interpretación del ordenamiento jurídico.³¹⁰

Entendiendo así las normas constitucionales programáticas, pueden operar éstas en casos relacionados con los intereses que tutelan y, más aún, dada su amplia indeterminación pueden tomarse judicialmente diversas medidas para impedir su afectación —incluyendo una interpretación constitucional adecuada—, de modo que los tribunales constitucionales no son “impotentes” ante su contravención.³¹¹ Ejemplares aplicaciones de esta clase son las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre 1) la cláusula del Estado social (art. 20.1 de la Ley Fundamental), que la ha tomado como un instrumento orientador en la interpretación constitucional y señalado que impone a los órganos estatales, y especialmente al legislador, el deber de “realización del Estado social” que conlleva procurar un “orden social justo”³¹² y garantizar, con el rango de derecho fundamental —con implicaciones positivas, de “prestación”— un “mínimo existencial (*Existenzminimum*)”, traducido en “condiciones de vida tolerables para todos” y en el aseguramiento de los “presupuestos mínimos para una existencia acorde con la dignidad humana (*menschenwürdiges Dasein*)”;³¹³ y 2) acerca del principio de Estado de derecho³¹⁴ en el cual entiende “depositados (*niedergelegt*)” otros relacionados con la justicia y la seguridad jurídica.³¹⁵ Estas tendencias también las siguió la jurisdicción española, aunque con menor contundencia que la germana.³¹⁶

En resumen, aun los “principios programáticos” de la Constitución tienen un “contenido mínimo” y “operable”, que permite su aplicación inmediata aun en ausencia de una concretización legislativa. El principio interpretativo de plena fuerza normativa constitucional impone a su respecto, “esmerarse por encontrar tal contenido mínimo” y procurar su máxima efectividad.³¹⁷

C. Preámbulo y otros elementos de aplicabilidad

El preámbulo es “una introducción solemne [...] que expresa las ideas políticas, morales y religiosas que la Constitución tiende a promover”, previa a su texto articulado.³¹⁸ Sobre la calidad jurídica de esta sección constitucional hay algún consenso en que tiene un valor jurídico subsidiario y limitado a ser elemento auxiliar en la interpretación; la evidente

³¹⁰ BVerfGE 25, 167 (182-184).

³¹¹ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 467-468.

³¹² BVerfGE 59, 231 (262-263). Véanse también *idem* 9, 124 (131) (fundando sobre el principio de igualdad y la cláusula de Estado social, el mandato constitucional de reducir la brecha entre los que tienen medios [*Bemittelt*] y quienes carecen de ellos); 82, 60 (80 y 85); 98, 169 (200); 99, 246 (255-256); y 111, 160 (171-175) (sobre la pensión infantil [*Kindergeld*] para extranjeros, un importante problema sociopolítico en Alemania).

³¹³ *Idem* 1, 97 (104-105); 40, 121 (133); 45, 187 (228-229); 82, 60 (85-86) (sobre un “mínimo existencial” fiscalmente exento [*Steuerfreies Existenzminimum*]). Véase Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 397-398.

³¹⁴ BVerfGE 30, 1 (25). Véanse también *idem* 21, 378 (388); 30, 367 (387); 33, 125 (158); 52, 1 (41); 88, 203 (319); y 108, 341 (347-348).

³¹⁵ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 90-95; y Limbach, *op. cit.*, nota 17, pp. 29-30. Véanse BVerfGE 30, 1 (24-25); y 52, 131 (143-145).

³¹⁶ SSTC 100/1989, F.J. 2; 227/1993, F.J. 5, inc. e); 31/1994, FF.JJ. 6-7; y 88/1995, FF.JJ. 4-5 (estos dos últimos sobre un “contenido mínimo” del valor superior del pluralismo para la regulación de medios televisivos). Y, hablando de un “mínimo vital”: SSTC 113/1989, F.J. 3 (cuya doctrina se reiteró en las sucesivas 138/1989 y 140/1989); 16/1994, F.J. 4; 13/1992, F.J. 14; 158/1993, FF.JJ. 3 y 5; y ATC 143/1997, F.J. 3.

³¹⁷ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, p. 230.

³¹⁸ Kelsen, *op. cit.*, nota 179, p. 309; Da Silva, *op. cit.*, nota 283, p. 191; y Tajadura Tejada, Javier, “Preámbulos constitucionales e interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, p. 1136.

excepción a esta regla es el preámbulo de la Constitución francesa que, formando parte del *bloc de constitutionnalité*, es capaz de erigirse autónomamente como fuente jurídica.³¹⁹

La cuestión relativa al valor normativo de los preámbulos constitucionales no se resuelve sencillamente con negarlo o afirmarlo, sin reservas o precisiones. En su contexto histórico y en el de su teoría pura, Kelsen se colocó en la primera posición y expresó que

Generalmente, el preámbulo no señala normas definidas en relación con la conducta humana y, por consiguiente, carece de un contenido jurídicamente importante. Tiene un carácter más bien ideológico que jurídico. *Si el preámbulo fuera suprimido, la significación real de la Constitución ordinariamente no cambiaría en absoluto.* El preámbulo sirve para dar a la Constitución mayor dignidad y un grado más alto de eficacia.³²⁰

Pero es luego de la segunda posguerra que el papel de los preámbulos se “renovó” y, ya bajo un entendimiento constitucional no sólo formal sino también material, es decir por la consideración de que la ley fundamental establece además de un ordenamiento superior a la legislación ordinaria, un determinado contenido liberal y democrático mediante la promoción de ciertos principios y valores,³²¹ cuya síntesis se formula a través de tales introducciones al texto constitucional articulado.³²² Una brevísima relación de las consideraciones que sobre el tema han hecho las jurisdicciones constitucionales más importantes para nosotros, revela que aun la tradición constitucionalista más antigua, la norteamericana, vio en el preámbulo constitucional una herramienta conveniente para las decisiones judiciales y, que ello se ha extendido hasta a dar al preámbulo constitucional un “significado jurídico” relevante, a despecho de la opinión kelseniana.

En el derecho norteamericano existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial —al que son fundamentales las enseñanzas de Story— acerca de que “las palabras del preámbulo no deben desconocerse y pueden ser útiles para matizar (*to set the tone of*) la interpretación constitucional”,³²³ pero también resulta claro que el solo preámbulo no concede algún poder a los órganos públicos que no prevea el articulado constitucional.³²⁴ A esta visión corresponden los criterios interpretativos sistemático y teleológico que, considerando al preámbulo como la parte de la Constitución que expresa sus objetivos más generales, se afirman en la idea de que “el significado de una ley (*statute*) debe buscarse, no en una sección aislada, sino en el conjunto de *todas sus partes* y en relación con el fin en perspectiva”.³²⁵

La jurisprudencia española, por su parte, se mantiene firme en la opinión de que “el preámbulo no tiene valor normativo” pero lo considera “un elemento a tener en cuenta en la

³¹⁹ *Supra*, cap. segundo, nota 327.

³²⁰ *Loc. cit.*, nota 318 (cursivas añadidas).

³²¹ Véase *supra*, cap. segundo, § II.2.

³²² *Cfr.* Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 15, pp. 221-222; y Tajadura Tejada, *op. cit.*, nota 318, pp. 1139-1140.

³²³ Rotunda, Ronald D. y John E. Nowak, *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999, vol. 5, p. 251. “la importancia del examen del preámbulo para llegar a la verdadera interpretación de las cláusulas de la Constitución ha sido siempre comprendida y reconocida en todas las discusiones judiciales’ [...] en tanto ‘revela la intención del legislador, hace conocer los males que quiso remediar y el fin que desea alcanzar’”, Story, Joseph, *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, México, Dublán, 1879, p. 18, citado en Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 15, p. 221.

³²⁴ *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 22 (1905). “[N]unca puede recurrirse al preámbulo para ampliar los poderes confiados al gobierno general o a cualquiera de sus departamentos”, Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution*, ed. de R. Rotunda y J. Nowak, Carolina Academic Press, 1987, § 221, citado en Rotunda y Nowak, *loc. cit.*, nota 323.

³²⁵ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 439 (1935) (cursivas añadidas).

interpretación de las leyes”, de modo que no puede prevalecer sobre las disposiciones del texto articulado.³²⁶ Sin embargo, en sus decisiones también alude al preámbulo de su Constitución a fin de reforzar dentro de un “marco de referencia general”, la argumentación de su interpretación de las disposiciones de la misma, señalando la adhesión a un determinado valor del Estado español que aquél indica.³²⁷

En Alemania, se concibe el preámbulo de la Ley Fundamental como una sección que no pertenece a su parte normativa, pero que sí tiene significación (*Bedeutung*) jurídica.³²⁸ A él, ha dicho el Tribunal Constitucional Federal, “corresponde naturalmente y ante todo una significación política [...pero...] Además, tiene [...] también contenido jurídico” que limita la discreción política de los órganos públicos al imponerles la realización de ciertos fines, que por ello adquieren el carácter de “mandatos iusconstitucionales (*verfassungsrechtliches Gebot*)” —en los casos en que se acuñó esta doctrina: la reunificación germana—,³²⁹ ello desde luego que sin perjuicio de su utilidad para la interpretación de las disposiciones constitucionales articuladas.³³⁰

Del recuento anterior puede verse que la cuestión relativa al valor normativo de los preámbulos constitucionales requiere precisiones y matices. No podríamos decir siquiera —así lo indican los norteamericanos— que hasta hace poco los preámbulos constitucionales hayan carecido absolutamente de importancia jurídica y, ahora, mucho menos que sean sólo un mero elemento político de la Constitución aunque no se les niega ese aspecto; los preámbulos constitucionales, como manifestaciones axiológicas del Constituyente, tienen un sentido *prescriptivo*³³¹ y por tal razón les corresponde alguna calidad normativa que en nuestra opinión siempre es directa aunque de eficacia mediata cuando los han concretizado las disposiciones articuladas de la ley fundamental; nos apartamos así en cierto grado de la opinión imperante de que los preámbulos constitucionales sólo tienen un “valor normativo indirecto”, que les impide dar lugar autónomamente a normas jurídicas, sin perjuicio de que reconozcamos que *casi siempre* la aplicación jurídica de las expresiones preambulares se da en forma subsidiaria a la de algún artículo constitucional.³³²

Lo anterior se explica aludiendo a la primaria “significación política” de los preámbulos constitucionales. Éstos expresan más o menos sintéticamente la fórmula política que sigue el contenido material de la ley fundamental, en ocasiones para revelar la ruptura con un régimen previo o una determinada transición política y, con lo anterior o no, siempre para manifestar los objetivos fundamentalísimos que sustentan el consenso político en el que se basa la expedición de la Constitución.³³³ Tal manifestación axiológica prescribe los fines últimos o más relevantes del ordenamiento fundamental, los cuales tienen la calidad —como señala la jurisprudencia alemana— de “mandatos constitucionales” que simplemente se particularizan en su texto articulado; estas declaraciones valorativas tan abstractas, incluso pueden

³²⁶ SSTC 36/1981, F.J. 7; 173/1998, F.J. 4; y 222/2006, F.J. 8

³²⁷ Véanse SSTC 64/1982, F.J. 2; 206/1992, F.J. 3; 102/1995, F.J. 4; y 134/1997, F.J. 2; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 190.

³²⁸ Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 55.

³²⁹ BVerfGE 5, 85 (127-128); 12, 45 (51-52); y 36, 1 (17).

³³⁰ Véase *idem* 90, 286 (328-329).

³³¹ Tajadura Tejada, *op. cit.*, nota 318, p. 1141.

³³² *Ibidem*, pp. 1142-1143.

³³³ *Cfr.* Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 15, pp. 214-218; Tajadura Tejada, *op. cit.*, nota 318, pp. 1150-1153; y Friedrich, Carl J., *La démocratie constitutionnelle*, trad. de Andrée Marinier et al., Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 86, citado en Da Silva, *op. cit.*, nota 283, p. 192.

encontrarse en algún numeral constitucional o reiterarse en él³³⁴ y, semánticamente, ello no provoca diferencia.

Como prescripción constitucional, los textos preambulares están llamados a regir la conducta humana por ser una declaración teleológica del Constituyente, pero ciertamente su elevada abstracción dificulta su aplicación y no eclipsa la relevancia primordial que tienen las disposiciones más concretas de la ley fundamental, como manifestación especial y no general de la voluntad constitucional.³³⁵ Su “valor normativo indirecto” como auxiliar en la interpretación del texto articulado, que nadie actualmente niega, alude a la orientación general y unidad que da al ordenamiento constitucional por ser una “declaración de fines” que aventaja a cualquier interpretación que el operador pudiera realizar; como cualquier otra declaración de principios abstracta, es necesario referir al preámbulo sólo ante la oscuridad en el sentido del texto articulado, con lo cual adquiere indudablemente un valor jurídico que no se puede “desconocer”,³³⁶ ello sin perjuicio de su empleo como un medio de corroboración de la interpretación de un precepto específico, situación en la que se muestran con nitidez los elementos de nuestra tesis, al manifestarse directamente en el caso particular la persecución de los fines preambulares, pero de una forma concretizada a través de la disposición articulada de que se trate.³³⁷

La autonomía del preámbulo constitucional puede manifestarse muy claramente en “el problema de las *leyes injustas* que, a lo mejor no pugnan directa o claramente contra una norma de la Constitución”, el cual puede solucionar la invocación del valor “justicia” de la introducción constitucional, sirviendo para fundar la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas.³³⁸ No olvidamos que en tal hipótesis la argumentación judicial habrá de ser sumamente cuidadosa y, además, tomar en cuenta la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo; pero ello se trata de una cuestión ajena al tema que ahora tratamos.

En resumen sobre este punto, el proemio de las Constituciones adquiere una creciente relevancia en la interpretación constitucional y ya no solamente como un simple elemento “auxiliar” o “secundario” a ella, sino en la medida de lo posible va adquiriendo una autonomía que procede del intento dogmático y jurisprudencial de no hacer ineficaz a cualquier parte o expresión del texto constitucional.

Otros elementos de aplicabilidad constitucionales que merecen alguna atención son las disposiciones transitorias y las relativas a su promulgación, publicación y vigencia.³³⁹ A las primeras, aquéllas que regulan situaciones efímeras, de mera aplicación o de excepción, corresponde la misma eficacia plena e inmediata que las integrantes de la parte permanente del texto constitucional, mas no su mismo peso; parece indiscutible que las disposiciones permanentes de la Constitución sí pueden determinar el sentido de las transitorias, mas no éstas tener alguna influencia en la interpretación de aquéllas o se susceptibles de una lectura extensiva.³⁴⁰ Respecto de los últimos elementos señalados, relativos a aspectos formales de la expedición constitucional, sólo cabe decir que igualmente tienen plena eficacia normativa y aplicabilidad inmediata, aunque su existencia es efímera por agotarse en los actos promulgatorios de la Constitución.

³³⁴ El mejor ejemplo es la estrecha relación entre el preámbulo y el art. 1o. de la Constitución española.

³³⁵ Sería absurdo, por ejemplo, pensar que el Constituyente no tuvo como forma especial de “justicia” y “libertad”, a la regulación de ciertos derechos fundamentales concretos que incluyó en los numerales de su obra.

³³⁶ Cfr. Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 15, p. 224; y Da Silva, *op. cit.*, nota 283, p. 193.

³³⁷ Véanse Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, p. 128; y Tajadura Tejada, *op. cit.*, nota 318, p. 1150.

³³⁸ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, p. 129 (cursivas en el original del texto transcrito).

³³⁹ Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 193-197.

³⁴⁰ Véase también Arteaga Nava, *op. cit.*, nota 8, pp. 244-245.

2. Unidad de la Constitución

A. Sistemas jurídico y constitucional

Si algún punto de acuerdo unánime existe sobre la interpretación jurídica en general y de la constitucional en particular, recaería en la necesidad de ver al conjunto de normas jurídicas “como si fuera” un sistema a pesar de sus contradicciones e imperfecciones.³⁴¹ Esta perspectiva, que el derecho comparte con otras ciencias sociales y de otra índole, hace ver a las normas que lo integran como una “totalidad” que forma una “red de interacciones tremendamente compleja” que busca alcanzar su objetivo de organización normativa de la sociedad con soluciones óptimas, máximamente eficientes y mínimamente costosas.³⁴²

La sistematización del conjunto de normas jurídicas obedece a diversas necesidades: su estructura lógica al haber sido creadas a partir de una “fundamental” (Kelsen),³⁴³ la consecución de la unidad o integración política (Smend y Heller) como elemento de la función pacificadora del Estado y la seguridad jurídica que no permite “al Estado hablar al ciudadano con múltiples bocas”,³⁴⁴ con base en la indivisibilidad del poder y la voluntad soberana y estatal (Jellinek), se han considerado bases de la ordenación de las normas jurídicas y de los dogmas de plenitud y ausencia de contradicción que de ella derivan.³⁴⁵

La postura actual sobre la unidad del orden jurídico se basa en la doctrina de Karl Engisch, para quien la unidad del orden jurídico consiste en que las normas que lo integran forman un gran conjunto a considerarse como un *todo* del cual el operador jurídico, partiendo de esa proposición, deberá derivará la norma aplicable según una “valoración (*Würdigung*) y ponderación de todos los correspondientes intereses y [establecer] su equilibrio en la ley bajo la apariencia actual de los puntos de vista del ordenamiento y de los valores (*in Erscheinung tretenden Ordnungs- und Wertgesichtspunkte*)”. Promueve así la doctrina de este autor una unidad interna del orden jurídico en un sentido material y retoma a Savigny al implicar que la interpretación tiene por objeto la “reconstrucción del pensamiento inmanente” del orden jurídico entendido como una “gran unidad” en que éstas se enlazan.³⁴⁶ Sin embargo, con ello no afirma la inexistencia de una jerarquía entre las normas del sistema, de modo que pudiera

³⁴¹ Serna y Toller, *op. cit.*, nota 176, p. 34; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 69 y 434; y Beuchot, *op. cit.*, nota 202, p. 145.

³⁴² Cfr. Von Bertalanffy, Ludwig, *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, trad. de Juan Almela, México, FCE, 2003, pp. 2-3, 6-7 y 204-205.

³⁴³ Recuérdese que para el jurista vienés la *Grundnorm* no se identifica con la Constitución; aun ésta proviene de aquélla que es sólo un postulado teórico y puede expresarse con el enunciado “el Constituyente es competente para elaborar la ley fundamental”. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 444.

³⁴⁴ “[D]er Staat [darf] gegenüber dem Bürger nicht mit mehreren Zungen sprechen”, Ossenbühl en “Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft. Verwaltungsrecht als Vorhaben für Zivil- und Strafrecht (Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Zürich vom 3. bis 6. Oktober 1990)”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, núm. 50, 1991, p. 302, citado en Dagmar, Felix, *Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1998, p. 163.

³⁴⁵ Cfr. Baldus, *op. cit.*, nota 241, pp. 187 y 193. Véanse Kelsen, *op. cit.*, nota 182, 207-214; Smend, *op. cit.*, nota 152, pp. 133-134; Heller, *op. cit.*, nota 143, pp. 286-289; y Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, FCE, 2002, p. 450.

³⁴⁶ Cfr. Baldus, *op. cit.*, nota 241, pp. 178-192; Dagmar, *op. cit.*, nota 344, p. 162; y Savigny, *op. cit.*, nota 6, pp. 213-214. También Gény fue de esta opinión: “el texto de la ley no se nos ofrece como una proposición aislada, reducida a los términos indispensables, sino como una parte del todo tomado en su unidad y totalidad” (*op. cit.*, nota 35, p. 220).

resultar en una estimación entre los bienes “fundamentales” y los “ordinarios” en perjuicio de aquéllos, pues también coincide con Kelsen en una *Grundnorm* constitutiva de la unidad jurídica.³⁴⁷

La sistematización de las normas integrantes del ordenamiento jurídico se logra por derivar su validez de un conjunto normativo fundamental, la Constitución, que no sólo determina su creación sino incluso su aplicación.³⁴⁸ La idea de unidad de todo el ordenamiento y su referencia a las normas de la ley fundamental, por lo tanto, implica necesariamente la sistematización de éstas, no porque formen parte de un orden jurídico total unitario sino precisamente para producir esta característica respecto de todo el derecho ordinario del cual la Constitución es el “común denominador” que lo sistematiza; de basarse en la referencia a un cuerpo normativo fundamental que tuviera imperfecciones o contradicciones, sencillamente no podría darse la unidad del sistema jurídico.³⁴⁹

Como todo “sistema”, las normas integrantes de la Constitución tienen diversas relaciones de dependencia e influencia, debido a todo el amplio espectro de fines estatales que cada una intenta promover —y esto lleva del criterio sistemático al teleológico³⁵⁰—, por cierto mediante cláusulas abiertas e indeterminadas cuyas posibilidades de concretización no pueden preverse a cabalidad, de las que resulta la conformación normativa concreta del Estado y la sociedad, indicada por el Constituyente según los intereses que buscó proteger en la ley fundamental y que integran la “imagen total” de un “proyecto unitario” marcado por ciertas “decisiones fundamentales”, principios y directices.³⁵¹

No solamente por lo anterior, también porque provienen de un solo “legislador” identificable y marcan su proyecto general, se ve a las normas constitucionales “como si” fueran una “totalidad unitaria (*einheitliches Ganzes*)”³⁵² con “armonía interna”,³⁵³ que integra un “sistema más coherente”³⁵⁴ y repudia una lectura parcial de sus integrantes, la aplicación analógica de sus disposiciones conforme a sus principios generales,³⁵⁵ así como una conflictivista al grado de que su interpretación lleve a solucionar las oposiciones que pudieran mantener —cuya existencia se niega teóricamente y se tienen como sólo “aparentes”—, racionalizando su oposición mediante un “adecuado equilibrio” entre los intereses que

³⁴⁷ Baldus, *op. cit.*, nota 241, p. 182.

³⁴⁸ Lograda especialmente a través de la “interpretación conforme a la Constitución”, precisamente exigida por la sistemática jurídica. Véanse García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 97; Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, pp. 22-23; y Peralta, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994, pp. 57-61.

³⁴⁹ Dagmar, *op. cit.*, nota 344, pp. 181-182 y 187; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 447. Véase STC 112/1989, F.J. 2.

³⁵⁰ De hecho, la idea de “sistema” entraña las de “totalidad” y “teleología”; aquél —sin importar que se trate de uno matemático, biológico, social o normativo— es un “conjunto de elementos en interacción” que no se hallan unidos casualmente o por simple yuxtaposición, sino que todos ellos en conjunto, en su totalidad, se organizan para cumplir determinados objetivos y lograr un fin último; se caracterizan también por la *equifinalidad*: la “tendencia a un estado final característico a partir de diferentes estados iniciales y por diferentes caminos, fundada en [la] interacción dinámica”. *Cfr.* Von Bertalanffy, *op. cit.*, nota 342, pp. 36-38 y 45-47.

³⁵¹ Hesse, *loc. cit.*, nota 232; Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 324; BVerfGE 2, 380 (403); *supra*, cap. segundo, § II.

³⁵² BVerfGE 6, 309 (343).

³⁵³ “En la interpretación de la Ley Fundamental tiene que partirse de la armonía interna de la obra constitucional (*Verfassungswerk*)”, *idem* 6, 309 (361).

³⁵⁴ Ezquiaga Ganuzas, *loc. cit.*, nota 232.

³⁵⁵ Señalando que siendo la libertad de expresión (*freie Meinungsäußerung*) “sencillamente constitutiva de la democracia liberal”, su regulación constitucional también debe valer para la libertad de prensa porque ésta “contribuye decisivamente a la formación de la opinión política”, véase BVerfGE 10, 118 (121).

respectivamente tutelan.³⁵⁶ La corrección de la interpretación constitucional, por lo tanto, depende de su apego a la realización de ese “proyecto total” fundamental, obtenido por la coherencia entre las normas integrantes de la Constitución —aunque fuere contrario a su significado literal³⁵⁷— es sencillamente un *criterio decisivo* para ella, que reprueba toda lectura aislada de las disposiciones de la ley fundamental que no tenga en cuenta el alcance de las demás;³⁵⁸ de esta opinión ha sido, por ejemplo, la jurisdicción constitucional alemana:

Una singular disposición constitucional no puede ser considerada aisladamente e interpretarse por sí sola. Se encuentra dentro de un conjunto de sentido (*Sinnzusammenhang*) con los demás preceptos de la Constitución, que representa una unidad interna. Del contenido total de la Constitución resultan ciertos principios y decisiones fundamentales a los cuales están subordinadas sus disposiciones individuales.- [...] De lo anterior se sigue que cada disposición constitucional tiene que interpretarse de modo que sea acorde con aquellos elementales principios y decisiones fundamentales del Constituyente.³⁵⁹

La especial relevancia de la argumentación sistemática en la interpretación constitucional, que hace a Chierchia tenerla como su “método por excelencia”, es la consciencia de que la ley fundamental es un conjunto normativo de cierta complejidad que tiene un “núcleo central” pero a la vez disposiciones “secundarias” en cuya interpretación es preciso no desatender las que se refieren a aquél, por lo que la aplicación de la Constitución requiere generalmente considerar simultáneamente a dos o más de sus disposiciones.³⁶⁰

B. El “Constituyente racional”

La idea que da título a esta sección y aun a la misma suposición de la existencia de un “proyecto total constitucional”, parte de una doble ficción: la imaginación de *un solo legislador* y la atribución a éste de la característica de racionalidad.

A pesar de la dificultad, si no imposibilidad, de determinar quiénes fueron los individuos autores de un texto legislativo que necesariamente lo tuvo, ocasionada por las complejidades de los procesos legislativos democráticos actuales,³⁶¹ es común recurrir a la invocación del “Legislador”, como si un acto legislativo fuera de la autoría de una sola y única persona, “para

³⁵⁶ Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 27; Dagmar, *op. cit.*, nota 344, p. 182; Vigo, *op. cit.*, nota 8, p. 124; *supra*, notas 233 y 235; y BVerfGE 3, 225 (231).

³⁵⁷ SSTC 72/1984, F.J. 6; 215/2000, F.J. 6; y 72/2005, F.J. 5.

³⁵⁸ Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 118.

³⁵⁹ BVerfGE 1, 14 (32-33); con interesantes variantes de los mismos términos, véanse 19, 206 (220) y 30, 1 (19). Para España véanse: ATC 60/1981, FF.JJ. 2-3 (promoviendo la armonía entre los “valores esenciales” de la Constitución); SSTC 5/1983, F.J. 3; 101/1983, F.J. 3; 68/1987, F.J. 5 (refiriéndose a “la siempre obligada interpretación sistemática de la Constitución”); 252/1988, F.J. 2; y 206/1992, F.J. 3. En la jurisprudencia norteamericana: *Concord v. Portsmouth Savings Bank*, 92 U.S. (2 Otto) 625 (1876) (entre otros precedentes como apoyo a la afirmación de que “[l]a Constitución de los Estados Unidos, según sus reformas, debe ser vista como un solo [as one] instrumento”, citado en Rotunda y Nowak, *op. cit.*, nota 323, vol. 5, p. 250; opinión que se consagró en *Prout v. Starr* que referiremos *infra*, nota 375); *United States v. Freeman*, 44 U.S. (3 Howard) 556, 564-565 (1845) (referido en *Branch v. Smith*, 538 U.S. 254, § IV [2003] [J. O’Connor, concurrente y disidente]); *McKee v. United States*, 164 U.S. 287 (1896) (impidiendo la ilimitada interpretación a que diera lugar el lenguaje general de una disposición aislada); y *supra*, notas 34, 105 y 325.

³⁶⁰ Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 115-116.

³⁶¹ Véase *supra*, cap. segundo, nota 550.

designar la unidad necesaria del contenido de la ley”.³⁶² No requiere demostración especial que el ordenamiento jurídico en realidad no tiene naturalmente una sistematización perfecta, en vista de las múltiples relaciones de oposición entre sus normas y las lagunas que puede presentar; por eso, el intérprete jurídico en general debe ver —aunque no lo sea— al ordenamiento como si el legislador fuera un sujeto dotado de la máxima racionalidad y lo haya creado con toda coherencia en sentidos lingüístico, práctico, epistemológico y axiológico; en suma el ficticio legislador no sólo es único —característica que por otra parte irradia a su voluntad—, sino también racional.³⁶³

En la práctica jurídica, el “legislador racional” es un “postulado” —no un axioma, hipótesis u otro concepto similar— porque se trata de una verdad no verificada pero aceptada sin discusión;³⁶⁴ es un *dogma* —que el mismo Engisch propuso— plena y firmemente aceptado por la metodología jurídica contemporánea.³⁶⁵ De este postulado se desprenden diversas directivas interpretativas que corresponden a un vasto conjunto de argumentos, adscritas no sólo al criterio sistemático sino también al teleológico,³⁶⁶

Aunque puede tenerse al postulado del legislador racional —como hace Igartua Salaverría— por una fantasía que “preconiza una cierta actitud filisteas de maquillar la legislación que *es* para que se parezca a la que *debiera ser*”, y aunque ciertamente este postulado dota al legislador, “a su pesar”, de impecable manejo del lenguaje, coherencia perfecta, omnisciencia y previsión poco menos que divinas;³⁶⁷ mas, por el contrario, no tiene por qué considerarse peyorativamente. La sistematización del ordenamiento jurídico es un imperativo jurídico-estructural, lógico y político,³⁶⁸ que lo justifica; pero además corresponde a una fatalidad *vital* que lleva a una *indispensable racionalización* de todo conjunto normativo; el operador jurídico, al aproximarse a la interpretación del ordenamiento y como parte de su precomprensión en esa actividad, impone necesariamente algún orden a sus elementos y los articula dentro de una *estructura racional de pensamiento* —“una función vital como la digestión o la circulación de la sangre”—, en virtud de la cual puede tener algún

³⁶² Radbruch, Gustav, “Arten der Interpretation”, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, París, 1977, vol. II, p. 218, citado en Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 192, n. 44. Cfr. Igartua Salaverría, Juan, “El postulado del legislador racional (entre metodología y mitología)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 28, septiembre-diciembre de 1990, pp. 116-117.

³⁶³ *Ibidem*, pp. 120-124.

³⁶⁴ Puede tenerse también como una manifestación jurídica del principio de “caridad interpretativa o equidad hermenéutica, por el cual no hay que estar por principio contra el autor, ni atribuirle intenciones manifiestamente improbables”; puede decirse que el término fue acuñado por Willard van Orman Quine y es rastreable hasta san Agustín, además de que también lo ha acogido la escuela de la Casa del Midras para la interpretación de la Torá; su objetivo es “asegurar la *significación profunda* del texto canónico en los casos en que el significado literal crea una impresión de carecer de sentido *en relación con otros textos* del canon [...] con el fin de develarlo para una *realización completa* [...] con la perfección y plenitud que connota”. Cfr. Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2003, p. 30; e Iser, *op. cit.*, nota 26, pp. 51-52 (cursivas añadidas al texto transcrito); véase Vattimo, *op. cit.*, nota 77, p. 41.

³⁶⁵ Cfr. Igartua Salaverría, *op. cit.*, nota 362, p. 115; Stamatis, Constantin M., *Argumenter en droit. Une théorie critique de l'argumentation juridique*, París, Publisud, 1995, p. 191; Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 79; Wróblewski, *op. cit.*, nota 178, p. 102; y Baldus, *op. cit.*, nota 241, p. 188.

³⁶⁶ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 160. Entre tales directivas están: “el legislador se marca objetivos claros, con una voluntad única y coherente y no establece normas contradictorias”, “el legislador no dicta normas superfluas”, “el legislador regula de forma similar supuestos similares” y “el legislador ha previsto regulación para todo caso con relevancia jurídica”; cfr. *ibidem*, p. 186.

³⁶⁷ Igartua Salaverría, *op. cit.*, nota 362, p. 116 (cursivas en el original).

³⁶⁸ Cfr. *supra*, notas 343-345.

conocimiento de dichos objetos, que los aparente en su idealidad para el logro eficiente de sus finalidades y no con las tensiones y oposiciones que realmente tienen.³⁶⁹

El racional, en todo caso y cuando menos, tiene que ser el intérprete en su entendimiento y configuración del conjunto jurídico “como si fuera” un sistema;³⁷⁰ ello no quiere decir, por supuesto, que el legislador siempre actúe irracionalmente pues bien pudo elaborar un cuerpo normativo muy bien dispuesto, cuyo orden entonces corroborará al intérprete; significa, ni más ni menos, que en caso de alguna imperfección del ordenamiento tocará al operador solucionarla bajo las directivas de la ficción del legislador racional. Ésta corresponde indudablemente a una postura objetivista de la interpretación en la cual el intérprete —sobre todo judicial— no hace más que reconocer la “voluntad del legislador” y a quien no se concede —también mitológicamente— más que una actitud pasiva frente al objeto de su conocimiento; por ello, nos parece, se prefiere referir a un “legislador racional” antes que admitir que dicha racionalidad es una comprensión propia del mismo intérprete y su autoridad.³⁷¹

El postulado del legislador racional puede traducirse para nuestro campo de investigación en el de un “Constituyente racional” —que también es creador de una ley, pero fundamental—, con las mismas características que hemos indicado. Aunque normalmente las contradicciones normativas no son expresas ni se admite su existencia —surgen potencial, pero complejamente, en ciertos casos concretos³⁷²—, las tensiones entre ellas, ocasionadas por sus interacciones y su estructura abierta como señalamos, son de resolverse a través de su interpretación y aplicación coherente y adecuada, bajo el entendido de que el Constituyente tiene una voluntad racional —aunque dicha racionalidad derive de la misma interpretación del operador—.

C. Jerarquía intraconstitucional y “preferred freedoms”

Otra cuestión, de suma trascendencia para la práctica constitucional, relacionado con la sistematización del orden constitucional, es la relativa a la existencia de una jerarquía entre los bienes constitucionales, que determina las normas que los tutelan o promueven.³⁷³

La naturaleza de un “sistema”, que es una estructura organizada de elementos en interacción, parece implicar la existencia de un orden jerárquico entre ellos, en virtud del cual se diferencian por su diverso valor y preferibilidad, de modo que alguno prevalecerá sobre otro(s);³⁷⁴ si lo anterior fuera cierto —lo que por ahora sólo planteamos—, tendría como lógica consecuencia que el “sistema” constitucional estuviera organizado en una estructura jerárquica, dentro de la cual ocuparían los bienes constitucionales diferentes posiciones y haría a los superiores prevalecer sobre los inferiores. Lo anterior, aunado a la concepción de la Constitución como un “orden de valores”, lleva a pensar en la existencia de una jerarquización de los bienes constitucionales que correspondería a una escalonada “jerarquía de valores”.

Jurisdicciones como la alemana y alguna vez la norteamericana, han sostenido que los bienes constitucionales y las normas que los tutelan, tienen cada uno un “mismo valor (*equal*

³⁶⁹ Cfr. Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, 12a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1968, pp. 36, 97 y 103-107; y Heidegger, Martin, *El ser y el tiempo*, 2a. ed., trad. de José Gaos, México, FCE, 2005, § 32, p. 167; *supra*, notas 342 y 350.

³⁷⁰ Cfr. Igartua Salaverría, *loc. cit.*, nota 365; y *supra*, nota 341.

³⁷¹ Véase *supra*, cap. primero, nota 58.

³⁷² *Supra*, nota 274.

³⁷³ Véase en general para toda esta sección: *supra*, cap. segundo, § II.2.

³⁷⁴ Von Bertalanffy, *op. cit.*, nota 342, pp. 26-27 y 47.

validity)”³⁷⁵ de forma tal que “ninguno [...] obtiene *absolutamente (schlechthin)* primacía frente al otro”,³⁷⁶ porque de acuerdo con la voluntad constitucional todos son “partes integrantes esenciales (*essentielle Bestandteile*)” del orden que establece la ley fundamental.³⁷⁷ A esta opinión ha contradicho (aparentemente) la afirmación de la existencia de ciertos bienes constitucionales que son “más importantes” que otros y por lo tanto prevalecen sobre ellos; tal es el caso de las llamadas “*preferred freedoms*”, aquellas “grandes, indispensables libertades democráticas” como las de expresión y de prensa, con “una sacralidad (*sanctity*) y una sanción que no permiten dudosas intervenciones (*intrusions*)”, sino sólo las “justificadas por un claro interés público amenazado, no dudosa ni remotamente sino por un peligro claro y actual (*clear and present danger*)”,³⁷⁸ doctrina cuyo preludeo fue la ya referida nota a pie de la Corte de los Estados Unidos en *Carolene Products*³⁷⁹ y aunque matizándola la ha seguido el Tribunal Constitucional español.³⁸⁰

Aun la seductora idea de unas “*preferred freedoms*” encuentra detractores en la misma jurisprudencia norteamericana; el *justice* Frankfurter formuló “un recuento cronológico de la evolución de la discusión acerca de [ellas]”, concluyendo que

Ésta es una frase que sin reflexión se introdujo sigilosamente en algunas recientes opiniones de esta Corte. Yo la creo una frase maliciosa, [...] porque irradia una doctrina constitucional sin confesarla...

En breve, la afirmación de que es presuntamente inconstitucional cualquier acto legislativo que toca los campos de la Primera y la Decimocuarta enmiendas, [...] *nunca se le ha recomendado a sí misma a una mayoría de esta Corte.*

La objeción contra resumir esta línea de pensamiento por la frase “la posición preferente de la libertad de expresión”, es que ella *expresa un complicado proceso de juicio (adjudication) constitucional a través de una fórmula engañosa.* [...] Tal fórmula va hacia una jurisprudencia mecánica.

Algunos de los argumentos expresados en este caso ilustran asombrosamente qué fácil es caer en las vías de la jurisprudencia mecánica por el uso de fórmulas demasiado simples (*oversimplified*).³⁸¹

³⁷⁵ *Prout v. Starr*, 188 U.S. 537, 543 (1903). Ya Marshall había hablado en favor de esta tesis en *Cohens v. Virginia* (19 U.S. [6 Wheaton] 264, 393 [1821]).

³⁷⁶ BVerfGE 51, 324 (345) (cursivas en el original).

³⁷⁷ *Idem* 35, 202 (225).

³⁷⁸ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529-530 (1945). Véanse también *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919); *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 115 (1943); y *Mine Workers v. Illinois Bar Association*, 389 U.S. 217, 222 (1967). Para una exposición doctrinal sobre el tema, véanse Serna y Toller, *op. cit.*, nota 176, pp. 14-18; y Carbonell, *op. cit.*, nota 231, p. 131.

³⁷⁹ *Supra*, cap. cuarto, nota 306. Aunque puede decirse de su antecedente inmediato es lo dicho en *Herndon v. Lowry* (*cit.*, nota 264) en el sentido de que “[e]l juicio de la legislatura no es irrestricto (*unfettered*). La limitación sobre la libertad individual ha de tener una relación apropiada con la seguridad del Estado”; *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 90-92 (1949) (J. Frankfurter, concurrente).

³⁸⁰ SSTC 171/1990, F.J. 5; y 336/1993, F.J. 4. Sin embargo, en otra ocasión el mismo tribunal sostuvo que “los preceptos que integran la Constitución son todos ellos constitucionales y, como tales, gozan del contenido y de la eficacia normativa que de su respectiva dicción resulta”, STC 206/1992, F.J. 3.

³⁸¹ *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 89-97 (1949) (J. Frankfurter, concurrente). El “complicado proceso de juicio (*adjudication*) constitucional”, es una intrincada correspondencia de cargas procesales de prueba y argumentación en los casos de restricciones a derechos fundamentales, que generalmente recaen sobre la autoridad legislativa —y de ahí su confusión con una “superior jerarquía” de las libertades públicas—, lo que ya

Problemático y aun vano es el intento de lograr una ordenación de los “valores constitucionales” *in abstracto*, apriorística y absoluta, por la dificultad que tiene establecer los criterios para definir cuáles se impondrán y también por sus “fatales consecuencias” de hacer irreflexivos los juicios éticos y jurídicos.³⁸² Al igual que sucede con cualquier decisión valorativa cotidiana —adoptando una posición menos racionalista y objetivista—, en la que no son los valores quienes entran en conflicto y definen la preferencia entre los bienes opuestos en los cuales se materializan, sino la situación en la que se da la valoración de éstos. Los bienes constitucionales abstractamente considerados no son *per se* contradictorios sino, en todo caso, lo serán sólo las pretensiones que a su respecto tengan los sujetos para quienes representan algún interés en una *situación concreta*, dentro de la cual pueden valorarse ambos para determinar cuál de ellos debe prevalecer.³⁸³

Un ejemplo de la dificultad en establecer rangos constitucionales, lo brinda Alexy de acuerdo con el contenido material y la posibilidad jurídica de restricción de un derecho fundamental sin reserva,³⁸⁴ señalando que definir la colocación de cada principio constitucional en un primer o segundo grado es una cuestión “insegura” e imposible de decidir, porque habría de entenderse que ellos se dan en abstracto en un “mundo del ‘deber ser’ ideal (*Welt des idealen Sollens*)” y sus oposiciones en una dimensión diferente: el “estricto mundo del ‘deber ser’ definitivo o real (*enge Welt des definitiven oder realen Sollens*)”.³⁸⁵ Concluye este autor señalando que “[p]or eso puede decirse en general que no es posible un orden de valores o principios que determine intersubjetivamente la decisión iusfundamental, forzosamente y para todo caso”,³⁸⁶ aunque la imposibilidad de tal orden “duro” no se contraponga a uno “suave” y flexible, establecido ya sea a través de relaciones de preferencia *prima facie* entre los valores constitucionales o a la construcción de un “entramado (*Netzwerk*) de concretas decisiones de preferencia” evolutivamente urdido por la jurisprudencia constitucional.³⁸⁷

Ambas alternativas son en realidad usadas jurisdiccionalmente. Los tribunales generalmente tienen por preferente a primera vista, pero *no abstractamente* sino en consideración a un *caso concreto*, a alguno de los bienes fundamentales en juego —en especial por su relación con el principio democrático—, a reserva de corroborar su prevalencia en vista de todas las circunstancias atinentes; y así construyen una serie de precedentes jurisprudenciales, *lato sensu* equivalentes a soluciones otorgadas a determinados problemas y que se estiman “correctas” salvo razón suficiente en contrario, que van concretizando las relaciones de preferencia entre los valores constitucionales en circunstancias cada vez más

parece precisar la jurisprudencia norteamericana; véanse *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, § III (2000).

³⁸² Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 140.

³⁸³ *Supra*, nota 235. En cambio, una rígida *preferred position* de los derechos, llevada al extremo, lleva a que “siempre” se prefiera la protección de éstos sin importar cuál sea la posición que se opone a su disfrute y las circunstancias en que se da esa oposición, aunque por ello se afecte también incluso la dignidad humana de otros integrantes de la sociedad; véase Nogueira Alcalá, *op. cit.*, nota 275, p. 74.

³⁸⁴ En la dogmática alemana se encuentra el concepto de “derecho de libertad sin reserva” (*vorbehaltloses Freiheitsrecht*), una especie de derecho fundamental que en teoría exige incondicionalmente al poder público abstenerse de cualquier intervención en ellos, pero que en realidad sí admiten restricciones y limitaciones “si, y en tanto que, aplica al Estado un *deber constitucional* de realizar[las]”. Lenz y Leydecker, *op. cit.*, nota 247, pp. 843 y 850 (cursivas añadidas al texto transcrito).

³⁸⁵ *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 118-120.

³⁸⁶ Véanse BVerfGE 77, 240 (254); y 81, 278 (293).

³⁸⁷ Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 142-143.

específicas y que después constituirán un punto de partida para un debate judicial posterior. Sin embargo, la posición prevalente *prima facie* de un principio sobre “otros valores fundamentales supremos (*oberste*) de la Constitución”³⁸⁸ o viceversa, más que de la superioridad “natural” de bienes colidentes proviene de que consiste en un *necesario punto de partida* del debate entre ellos y que por lo mismo no es inamovible, por corresponder a un *statu quo* cuya modificación se intenta el tenido inicialmente por inferior —también posiblemente creado por un precedente jurisprudencial—, al cual se impone la carga de argumentación;³⁸⁹ de esa prevalencia dada y preliminar, la jurisdicción habrá de resolver definitivamente, de acuerdo con la consideración de todas sus circunstancias, “cuál de esos intereses de igual rango tiene el mayor peso en el caso concreto”.³⁹⁰

Lo expuesto es claro precisamente con las “libertades preferentes”. Ellas tampoco prevalecen absoluta y definitivamente sobre otros bienes jurídicos sino sólo en determinadas situaciones, quizá más amplias y frecuentes que sus hipótesis de limitación como la remota (¿?) hipótesis de un “peligro claro y actual”, precisamente establecidas por la jurisprudencia al momento de establecer (circunstancialmente) su “superioridad” a partir de una situación concreta sometida a juicio del tribunal.³⁹¹

Pero es preciso aclarar un último punto: si las disposiciones constitucionales tienen el mismo valor ¿podría ceder ante alguna de ellas la *dignidad humana*? Situándonos en un ordenamiento que tenga a ésta como valor supremo, aparentemente estaríamos ante una situación nada trivial: o ese valor no tiene esa calidad porque no es absoluto y otros pueden prevalecer frente a él en ciertas circunstancias, o no podríamos hablar de que los valores constitucionales se mantienen en un mismo nivel; racionalizando lo anterior, cualquiera de las soluciones anteriores parte de una premisa equivocada: que la dignidad humana tiene una naturaleza idéntica a la de cualquier otro derecho fundamental (libertad de expresión, igualdad, etc.) o principio constitucional (democrático, federal, etc.). Al hablarse de la dignidad humana como valor “supremo” del ordenamiento, se quiere decir que en realidad es *fundamental* en sentido estricto —un presupuesto lógico e ideológico de todo el orden jurídico—; por su inmensurable generalidad —pero acotada semánticamente por algunos límites conceptuales— ella sirve de *punto de referencia* que resulta necesario para orientar toda la restante producción jurídica, incluyendo otras disposiciones constitucionales sean dogmáticas u orgánicas; en determinada medida según el caso, la colisión entre dos valores constitucionales puede verse como una entre diferentes manifestaciones de ese valor fundamental, y al ser inconcebible que éste *in abstracto* pueda oponerse a sí mismo, sólo puede hablarse de la necesidad de ajustar dichas facetas que se dan a un nivel *concreto* que circunstancialmente son opuestas entre sí.³⁹²

Dos temas se erigen como “excepciones” notables a la unidad de la Constitución y a la “isovalencia”³⁹³ entre las normas que la integran: su aplicación en relación con los elementos

³⁸⁸ BVerfGE 33, 52 (71) (cursivas añadidas).

³⁸⁹ Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “Notas sobre la argumentación en el proceso constitucional mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 6, pp. 302-304; y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, pp. 779 y 791.

³⁹⁰ Alexy, *op. cit.*, nota 216, p. 80; Lenz y Leydecker, *op. cit.*, nota 247, p. 842. Véanse BVerfGE 7, 198 (210-211); e *idem* 28, 243 (261).

³⁹¹ SSTC 171/1990, FF.JJ. 5-6; 136/1999, F.J. 16; 138/1996, F.J. 3; y 39/2005, F.J. 2.

³⁹² Cfr. *supra*, cap. segundo, §§ II.2.A y II.3; Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, México, FCE, 3a. ed., 2004, pp. 230-231; y *supra*, nota 204.

³⁹³ Valga el neologismo para distinguir el igual rango jerárquico de las normas constitucionales de una “equivalencia” que las haría parecer intercambiables.

del bloque de constitucionalidad y los artículos constitucionales transitorios. Aunque a los elementos del *bloc* se les tenga con un valor similar a la Constitución formal, que les permite servir de parámetro de regularidad de otros elementos jurídicos, el hecho de que su inclusión en ese grupo deriva precisamente de su conformidad con esta última,³⁹⁴ por lo que su interpretación se supedita a ella y no viceversa. Lo mismo cabe decir de los artículos transitorios de la Constitución, cuya interpretación se subordina al texto permanente de la misma y sin que deban tener influencia sobre la de éste.³⁹⁵

D. *Subprincipios derivados: Concordancia práctica y corrección funcional*

De la consideración unitaria de la Constitución, que funda a una interpretación sistemática de sus disposiciones en la que sus sentidos normativos se influyen recíprocamente, en indispensable relación con la prescripción de optimizar la eficacia de *todas* sus normas que en abstracto tienen el mismo valor, se llega al principio de interpretación constitucional que Hesse denomina de “concordancia práctica”.³⁹⁶ Según este autor, ésta es superior a la “ponderación” de bienes o valores constitucionales en conflicto, que realiza precipitada o etéreamente (*abstrakt*) uno de ellos a costa del otro; sin embargo, sus consideraciones requieren algunas precisiones.

Como señalamos anteriormente, todos los bienes constitucionales deben considerarse abstractamente con el mismo valor y se establecen en la Constitución bajo el entendido de que serán realizados con la máxima eficacia posible, porque cada uno es “parte esencial” de la “imagen total” concebida por el Constituyente, de quien no puede (racionalmente) suponerse que tuvo una voluntad contradictoria. No obstante, principalmente en casos particulares sometidos a decisión judicial, es *imposible* satisfacer todos los intereses que puedan cobijar los principios constitucionales; en tales circunstancias, el “principio de concordancia práctica” impone dar a las disposiciones constitucionales un alcance que permita una “óptima” eficacia a los respectivos bienes que tutelan y se hallan en conflicto en una situación determinada, “interpretar la Constitución de tal manera que se dé efecto a ambas disposiciones, tanto como sea posible para reconciliarlas”, dado que ambas son “igualmente obligatorias y deben ser igualmente respetadas”.³⁹⁷

Desde luego, la conjunta satisfacción de principios constitucionales que circunstancialmente entren en colisión, únicamente puede darse dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso; las primeras son indicadas por los exámenes de idoneidad y necesidad, y las segundas por el mandato de *ponderación*, prescritos por el principio de proporcionalidad *lato sensu*.³⁹⁸ Esta última es la que tiene por el momento importancia para nosotros, porque tratándose de los dos primeros subprincipios no se requiere una “concordancia” entre bienes constitucionales sino establecer si uno de ellos perjudica real e

³⁹⁴ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, p. 266.

³⁹⁵ Da Silva, *op. cit.*, nota 283, pp. 194 y 196.

³⁹⁶ *Op. cit.*, nota 7, p. 28.

³⁹⁷ *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 393 (1821).

³⁹⁸ Alexy, *op. cit.*, nota 216, pp. 100-101 y 151-152; y *supra*, nota 269. Aunque Hesse critica la proporcionalidad como principio interpretativo porque no señala qué es lo precisamente “proporcional” en casos concretos, por lo menos tal criterio tiene elementos más específicos que la sola alusión a una “concordancia”; además, es un instrumento para determinar ésta y su sentido no es opuesto a ella sino, quizá, sólo vea una misma cosa desde diferentes perspectivas, pues ambos conceptos tienen por finalidad lograr “un equilibrio proporcional de los intereses opuestos, protegidos constitucionalmente en igual medida, con el fin de optimizarlos” (BVerfGE 81, 278 [292]).

indispensablemente la eficacia del otro; en cambio, el examen de proporcionalidad en sentido estricto analiza, una vez superados los niveles empíricos anteriores y establecido que la satisfacción de ambos es inversa,³⁹⁹ si en el caso concreto la medida en que se perjudica a uno de ellos es justificada por el beneficio que el otro obtiene; es decir que se ha determinado la *materialmente irresoluble contradicción* en la satisfacción de ambas posiciones constitucionales y se habrá de establecer el cumplimiento de cuál de ellas es más apremiante.⁴⁰⁰

En tal situación en la que inciden sobre un mismo hecho la opuesta tutela normativa de bienes constitucionales, para “concordar” ambos debe procederse a una “ponderación que considere las circunstancias del caso concreto”, es decir no a su preferencia conforme a un orden de preeminencia establecido rígidamente y de antemano, sino mediante un análisis empírico que determine cuál de esos bienes es prevalente en el caso y cuál deberá ceder en cuanto a su protección.⁴⁰¹ El Tribunal Constitucional español, resumiendo la posición alemana, se expresa muy precisa y contundentemente:

La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de *conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades*, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.⁴⁰²

Este análisis se orienta por la llamada “ley de ponderación” que prescribe la ilicitud de una afectación a un bien constitucional por otro, cuando el perjuicio ocasionado a aquel no es equivalente o inferior al beneficio que obtiene el último.⁴⁰³ La valoración de la medida en que se benefician o perjudican los bienes cuya satisfacción es contradictoria en un caso concreto, puede basarse en múltiples factores que determinan el peso de cada uno en la ponderación, relativos especialmente a su incidencia fáctica,⁴⁰⁴ pero también de orden jurídico y moral como el principio democrático⁴⁰⁵ o la dignidad humana⁴⁰⁶ que da a un bien constitucional mayor influencia *prima facie* en tanto más se relacione con él.

Otra manifestación concreta del postulado de unidad constitucional se refiere a que la interpretación debe tender a la “corrección funcional” del sistema constitucional —en la terminología de Hesse⁴⁰⁷— que da lugar a la “máxima funcionalidad del régimen político” —

³⁹⁹ En cuanto al orden de aplicación de los criterios del principio de proporcionalidad *lato sensu*, normalmente se sugiere un procedimiento lineal y sucesivo, yendo cada vez más profunda y finamente del examen de idoneidad, al de necesidad y acabando en el nivel de ponderación, aunque se reconoce que puede darse un trato “oscilante” entre ellos. En este último, opinamos que en realidad los tribunales se abocan a estudiar el caso a la luz de aquel o aquellos subprincipios que reprueban y omiten —por obvio o sencillamente prescindible— el análisis de los que sí superan. Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 689; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, p. 121.

⁴⁰⁰ Véase *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 162-163 (1973); y *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

⁴⁰¹ BVerfGE 77, 240 (253-255). Véanse también 7, 198 (210); 51, 324 (346) y 57, 170 (203).

⁴⁰² STC 320/1994, F.J. 2 (cursivas añadidas). Véase BVerfGE 39, 1 (12-13).

⁴⁰³ *Supra*, nota 269.

⁴⁰⁴ Véanse BVerfGE 77, 240 (255); 81, 278 (293); 83, 130 (141); 88, 203 (254) —caso *Aborto II*—; 96, 56 (59); y 105, 365 (372).

⁴⁰⁵ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 245, p. 772.

⁴⁰⁶ *Supra*, nota 248; y BVerfGE 39, 1 (59 y 66-68).

⁴⁰⁷ *Op. cit.*, nota 7, p. 28.

según Vigo⁴⁰⁸—. Corresponde a este subprincipio una “infalible regla de interpretación” por la cual “el lenguaje de una facultad (*power*) expresa no deberá expandirse al grado de nulificar la fuerza y efecto de otra”.⁴⁰⁹

El subprincipio de corrección funcional puede tener dos dimensiones. Una toca a los conflictos sobre los alcances de las atribuciones de diferentes órganos o ámbitos —en un sistema federal, por ejemplo— constitucionales, sometidos a la jurisdicción constitucional, para la cual habrá de considerar el papel que a cada uno de ellos corresponde según la Constitución y definirlo en cada caso.⁴¹⁰ La otra, a la cual más bien se dirige este subprincipio,⁴¹¹ alude a los límites de decisión de los tribunales constitucionales y apunta a que su función se “reduce” a hacer respetar un parámetro constitucional y no a fungir como revisor jerárquico o sustituto de otros poderes, sobre todo del legislativo,⁴¹² de modo que en su interpretación constitucional deberá mantenerse en esos confines.

Lo anterior desde luego responde a las finalidades constitucionales de cada órgano dentro del proyecto establecido en las disposiciones de la ley fundamental, pero aparte de lo anterior también pone de relieve un “deber moral” jurisdiccional que le impone la misma naturaleza de su labor como órgano constituido y entendida al servicio de la Constitución;⁴¹³ como indica la ex presidenta del Tribunal Constitucional Federal alemán:

El respeto al poder de acción de los otros poderes estatales es para el [Tribunal Constitucional] un deber obvio (*selbstverständlich*) y un mandamiento iusconstitucional, pues una institución que [...] tiene que controlar el funcionamiento de la democracia caracterizada por la división del poder (*gewaltengegliederten Demokratie*), debe por su parte cuidar los límites de su potestad decisoria.⁴¹⁴

E. *Stare decisis y preservación de la unidad constitucional*

La unidad constitucional no sólo tiene una dimensión particularizada en cada caso y para establecer el sentido “común” de las normas constitucionales que le fueren relevantes; asimismo posee una de carácter general que trasciende al casuismo y se refiere a la firmeza de las decisiones interpretativas constitucionales porque, sencillamente, dicha unidad no sería más que *ilusoria* si el intérprete diera diferente significado a las mismas disposiciones en casos con las mismas o similares características. Acontece con la Constitución —entendida muy ampliamente— lo mismo que con el sistema jurídico integralmente considerado: su corrección lógica, su función política y jurídica unificadora y la seguridad jurídica, exigen constancia en la aplicación de las normas resultantes de la interpretación constitucional, especialmente jurisdiccional.⁴¹⁵

A muy grandes rasgos, la doctrina de fidelidad al precedente judicial que hace obligatoria la aplicación de los criterios establecidos de interpretación y aplicación del derecho a casos futuros similares, en virtud de considerárseles “un testimonio ‘imperativo’ o simplemente

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, nota 8, pp. 133 y ss.

⁴⁰⁹ *Legal Tender Cases*, 79 U.S. (12 Wallace) 457, 628-629 (1871).

⁴¹⁰ Véase por ejemplo: BVerfGE 44, 308 (315-317) y 104, 310 (332); SSTC 108/1986, F.J. 18; 233/1999, F.J. 12; y 47/2005, F.J. 7.

⁴¹¹ Vigo, *op. cit.*, nota 8, p. 135.

⁴¹² Véase *supra*, cap. cuarto, §§ IV-V.

⁴¹³ Aparicio, Miguel A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 151.

⁴¹⁴ Limbach, *op. cit.*, nota 17, p. 28. Véase *supra*, cap. cuarto, nota 217.

⁴¹⁵ *Cfr. supra*, notas 344 y 345; Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 190; y Vigo, *op. cit.*, nota 8, p. 170.

‘persuasivo’ de lo que es y debe ser el derecho”,⁴¹⁶ se enuncia por la máxima *stare decisis*⁴¹⁷ típica del *common law* y básica de su metodología, dentro del cual se forjó para unificar las opiniones consuetudinarias de los jueces ingleses medievales.⁴¹⁸

Este principio posee gran importancia en el derecho norteamericano —el primero con una Constitución en sentido moderno—, en donde tiene pleno reconocimiento a partir de 1900, al contribuir a su conformación mediante un complejo andamiaje jurisprudencial.⁴¹⁹ Aunque la aplicación de la metodología angloamericana en el ámbito constitucional de ese país,⁴²⁰ no carece de críticas por la “proclividad legislativa” de los jueces al dar (su propio) significado a la Constitución, un documento similar a una ley ordinaria típica del derecho romanista, haciendo que la interpretación de sus disposiciones sea “el regreso del *common law* pero infinitamente más poderoso de lo que jamás pretendió ser el viejo *common law*”.⁴²¹

De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, el principio *stare decisis* es “fundamental” al imperio del derecho (*rule of law*) y a la seguridad jurídica que éste postula, al garantizar la predictibilidad y la confianza en las decisiones judiciales, asegurando el cumplimiento de las expectativas jurídicas; pero no se trata de un “mandato inexorable” y los tribunales pueden apartarse de los precedentes mediante una “justificación especial”.⁴²² Sobre todo en relación con la interpretación constitucional, la vinculación a decisiones anteriores pierde fuerza porque la rigidez de la ley fundamental dificulta modificar su texto para superar una decisión de su intérprete y reduce la posibilidad de que el legislador constitucional pueda “corregirla”, de modo que su sólo llega a su máximo punto en la interpretación de leyes ordinarias (*statutes*).⁴²³

⁴¹⁶ Un precedente —en términos generales y no sólo jurídicos— implica una solución definida sobre un problema, cuyo seguimiento se impone ante una situación esencialmente similar a la que se refiere; implica a su favor una presunción de corrección que arroja la carga de argumentación a quien pretende apartarse de él. Véase Alexy, *op. cit.*, nota 75, pp. 334 y ss; y Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 431.

⁴¹⁷ Rabasa, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 547. “*Stare decisis et non quieta movere* (estar a lo decidido y no perturbar la tranquilidad)”, es su expresión completa; *cfr. ibidem*, p. 34; Quiroz Acosta, Enrique, “El precedente en México y en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año IV, núm. 34, abril de 1998, p. 23; y *Townsend v. Jemison*, 50 U.S. (9 Howard) 407, 414 (1850).

⁴¹⁸ Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, p. 645; y Rabasa, *op. cit.*, nota 417, pp. 67-68.

⁴¹⁹ *Cfr.* Goodhart, Arthur L., “Case law in England and America”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 15, 1930, p. 180, citado en Fowler, James, y Sangick Jeon, *The authority of Supreme Court precedent: A network analysis*, Davis, Universidad de California en Davis, documento de trabajo, 29 de junio de 2005, p. 8; Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, p. 26; y Morineau, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 87.

⁴²⁰ En la cual se inserta la doctrina *stare decisis* como “una natural evolución de la misma naturaleza de [las] instituciones [norteamericanas]”, Lile, “Some views on the rule of stare decisis”, *Virginia Law Review*, vol. 4, 1916, p. 97, citado en *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528, 559, n. 3 (1985). Véase la interesante exposición histórica contenida en *Rogers v. Tennessee*, 532 U.S. 451, § I.B (2001) (J. Scalia seguido de los JJ. Stevens y Thomas, disidente).

⁴²¹ *Cfr.* Scalia, Antonin, “Common-law courts in a civil-law system. The role of United States federal courts in interpreting the Constitution and laws”, en Gutmann, Amy (ed.), *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998, pp. 13, 17-18 y 38.

⁴²² Para una exposición de los perfiles del *stare decisis* aceptados por la Suprema Corte norteamericana, véanse *Randall v. Sorrell*, núm. 04-1528, 26 de junio de 2006, § II.B.2; y *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 854-869 (1992).

⁴²³ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Hilton v. South Carolina Public Railways Commission*, 502 U.S. 197, 205 (1991); *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-173 (1989); *Welch v. Texas Department of*

Desde luego, la máxima que tratamos no tiene igual arraigo en los derechos romanistas como el alemán y el español, en los cuales los tribunales no tienen un papel tan significativo —que en cambio sí toca en ellos al legislador—, careciendo de obligación de apegarse a sus decisiones anteriores, en tanto mantengan su sujeción “a la ley y al derecho”,⁴²⁴ de modo que en ellos el principio *stare decisis* no reviste la particular importancia como en los sistemas de derecho común.⁴²⁵

Sin embargo, puede decirse que por simples “razones de congruencia (*consistency*) e integridad institucional”,⁴²⁶ los tribunales de nuestra tradición consideran sus precedentes y mantienen regular fidelidad a ellos; aunque más bien ello se explica como una manifestación de la igualdad en la aplicación de la ley —una de las dos ramas de la igualdad genérica, ya reconocidas—, fundamental en cualquier sistema jurídico y en el cual se basa la misma máxima *stare decisis* anglosajona,⁴²⁷ que precisamente obliga a los tribunales a resolver los casos futuros y a interpretar la ley en ellos, de la misma manera en que lo hicieron en casos similares anteriores y les prohíbe variar arbitrariamente la dirección de su línea jurisprudencial.⁴²⁸ De algún modo, la metodología del *common law* se ha expandido a territorios a los que es ajena.⁴²⁹

En el derecho alemán, no se admite expresamente que el principio de igualdad origine la reiteración de criterios judiciales para dar un mismo trato a litigios esencialmente similares; pero ello desde luego no deja de parecer en alguna medida contradictorio, máxime que es la misma jurisprudencia quien reiteradamente ha sostenido esa opinión.⁴³⁰ En realidad, el principio de igualdad en Alemania sí tiene la misma división entre la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, aunque esta última se percibe más bien como una “pretensión de protección de derechos” que vincula a la jurisdicción, a la cual dicho principio fundamental prohíbe una actuación arbitraria;⁴³¹ precisamente, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional Federal ha establecido que la prohibición de arbitrariedad que de él deriva

Highways and Public Transportation, 483 U.S. 468, 479 (1987); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416, 419-420 (1983); *Monell v. New York City Department of Social Services*, 436 U.S. 658, 695 (1978); *Mitchell v. W.T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 627 (1974) (J. Powell, concurrente); *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 671 (1974); *United States v. South Buffalo Railway Co.*, 333 U.S. 771, 774-775 (1948); *New York v. United States*, 326 U.S. 572, 591 (1946); *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665 (1944); *St. Joseph Stock Yards Co. v. United States*, 298 U.S. 38, 94 (1936); y *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 407-408 (1932) (J. Brandeis, disidente).

⁴²⁴ Arts. 20.3 de la Ley Fundamental alemana, 117 de la Constitución española y 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

⁴²⁵ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, pp. 636-637; García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 199; SSTC 200/1989, F.J. 5, y 27/1988, F.J. 2.

⁴²⁶ Cfr. Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, p. 637, n. 15.

⁴²⁷ Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 368; Ollero, *loc. cit.*, nota 221; y López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, p. 118. “[E]l principio de que los litigantes en situaciones similares deben ser tratados igualmente, [es] un componente fundamental del *stare decisis* y en general del imperio del derecho”, *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia*, 501 U.S. 529, 538 (1991). “Si el *stare decisis* fuera un aspecto del derecho, como lo es, soslayarlo en situaciones idénticas es mero capricho”, *United States v. International Boxing Club of New York, Inc.*, 348 U.S. 236, 249 (1955) (J. Frankfurter, disidente).

⁴²⁸ Cfr. Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 23; Carbonell, *op. cit.*, nota 231, pp. 173-174; y Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CONAPRED, 2005, p. 70.

⁴²⁹ Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, p. 648.

⁴³⁰ Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 187. “Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el principio de igualdad efectivamente no se extiende (*sich erschöpfen*) a prohibir un trato desigual injustificado a los destinatarios de las normas”, BVerfGE 55, 72 (90).

⁴³¹ Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 89-90.

también limita la actuación de los jueces en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo y procesal,⁴³² como un elemento del principio de Estado de derecho, en virtud de lo cual sus decisiones deben tomarse en consideración a las *circunstancias materiales del caso*, procurando la realización de justicia material en ellos.⁴³³ Ya en el ámbito constitucional, aunque no por una referencia clara al *stare decisis* o al principio de igualdad, la jurisdicción alemana recurre muy frecuentemente —casi en todas sus decisiones— a las opiniones de sus precedentes para afirmar la argumentación de sus sentencias e, incluso, nada extraño es que aluda a su “jurisprudencia permanente o firme (*ständige Rechtsprechung*)”.⁴³⁴

Por su parte el Tribunal Constitucional español no admite una vinculación forzosa a la doctrina de sus precedentes,⁴³⁵ pero ha reconocido en la jurisprudencia un “valor normativo complementario”⁴³⁶ y también realiza la misma práctica de su homólogo germano al apoyar sus decisiones en las líneas jurisprudenciales que ha fundado para temas diversos —algunas de ellas tan trascendentes que las han vuelto “*leading cases*” no sólo para ese país sino para Iberoamérica en general—; para comprobarlo basta sólo un vistazo a cualquier sentencia de ese órgano. Más importante aún es que la jurisdicción constitucional hispana posee todo un cuerpo doctrinal acerca de la igualdad en la aplicación la ley, con diversos criterios para estimar cuándo debe tenerse por vulnerado judicialmente dicho principio por inconsistencias con la línea jurisprudencial previamente establecida.⁴³⁷

Además de su importancia para la estabilidad de la interpretación constitucional y no obstante ser objeto de considerables críticas,⁴³⁸ la máxima *stare decisis* tiene una esencial función en la preservación de la legitimidad de los tribunales constitucionales, quienes por su observancia pueden corroborar la imparcialidad y objetividad de sus decisiones, especialmente en “contextos políticos sensibles”, en cuanto implica que ellas son adoptadas con base en principios generales y estables (*principled*), trascendentes a la “apreciación singular del caso”, y no por consideraciones de oportunidad.⁴³⁹

⁴³² BVerfGE 42, 64 (73-74); y 52, 131 (143-145).

⁴³³ “[La prohibición de arbitrariedad...] debe llegar a que la incorrecta aplicación [judicial] del derecho ordinario es incomprensible con una apreciación razonable (*verständige Würdigung*) de las ideas dominantes de la Ley Fundamental y, por eso, impone la conclusión de que se basa en consideraciones extrañas al caso (*sachfremd*) (BVerfGE 4, 1 [7], jurisprudencia permanente)”, BVerfGE 42, 64 (74). Este criterio se reiteró con términos prácticamente idénticos en BVerfGE 55, 72 (89-90).

⁴³⁴ Véanse *idem*; BVerfGE 30, 173 (192 y 196-197) (subsidiaridad del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y límites del control constitucional de decisiones judiciales); 73, 261 (269) (irradiación de los derechos fundamentales y su eficacia en relaciones privadas a través de la actividad jurisdiccional); 93, 362 (369) (licitud de la regulación legal del ejercicio profesional); 96, 56 (64) (inclusión de facultades de apreciación y valoración en la libertad de configuración legislativa); y 104, 238 (247-248) (carácter accesorio del principio de afabilidad federal [*bundesfreundliches Verhalten*]).

⁴³⁵ Véanse sus sentencias referidas *supra*, nota 425.

⁴³⁶ STC 318/1994, F.J. 2.

⁴³⁷ Véanse SSTC 73/1989, F.J. 3; 27/1988, F.J. 2; 48/1987, F.J. 2; 30/1987, F.J. 2; 58/1986, F.J. 2; y 49/1985, F.J. 2.

⁴³⁸ Véase Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 167-168.

⁴³⁹ *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 336; García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 234; *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 863-866 (1992); y *Ex parte Bollman*, 8 U.S. (1 Cranch) 75, 86-89 y 93 (1807) —aunque esta última cita corresponde al alegato de uno de los litigantes, éste contiene un vehemente panegírico del *stare decisis* en relación con la legitimidad judicial—.

3. Autonomía y supremacía de la Constitución frente al derecho ordinario

Por la indisputada supremacía de la Constitución, parece evidente que uno de los “principios” que indefectiblemente orientan su interpretación señala realizarla sin predisposición a favor de la validez de los actos que deben ser conformes a ella —lo que no equivale a la presunción de constitucionalidad de que gozan—; sencillamente no cabe debatir si la actuación de los poderes constituidos debe ser acorde a las normas constitucionales o la ley fundamental adecuarse a las leyes u otros actos secundarios, pues la respuesta es tan sabida y firme que ni siquiera hay que expresarla.⁴⁴⁰

Hubiéramos omitido el tema, dándolo por un postulado algo menos que dogmático, de no ser porque uno de los más influyentes constitucionalistas alemanes, el desaparecido profesor Konrad Hesse, señaló que

La interpretación de las leyes conforme a la Constitución es [...], en su efecto regresivo (*Rückwirkung*) sobre la interpretación constitucional, interpretación de la Constitución conforme a la ley (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*). Se muestra en ella como un principio ulterior (*weiter*) —por así decirlo, mediato— de la interpretación constitucional judicial. Asimismo este efecto confirma la estrecha relación de convivencia (*Wechselbezogenheit*) de la Constitución y la ley y con ello la idea de unidad del orden jurídico.⁴⁴¹

La técnica de “interpretación conforme a la Constitución”, implicada en el llamado “principio de conservación” y fundada en la cimera jerarquía de la ley fundamental, la unidad del ordenamiento jurídico y la presunción de constitucionalidad de los actos del poder público —especialmente legislativos,⁴⁴² se originaron en la jurisprudencia norteamericana que desde el siglo XIX se habla de una interpretación “en armonía con la Constitución (*in harmony with the Constitution*)”,⁴⁴³ y también han echado mano de ella “desde el primer momento” y muy ejemplarmente los tribunales constitucionales alemán,⁴⁴⁴ español⁴⁴⁵ e italiano,⁴⁴⁶ más tardíamente hizo lo propio el Consejo Constitucional francés que, siguiendo en mucho la

⁴⁴⁰ Cfr. Artega Nava, *op. cit.*, nota 8, pp. 41-42. Aunque este autor señala que cuando “el principio de supremacía constitucional choque con el de seguridad jurídica, unido al que presume la constitucionalidad de las normas secundarias, termina por prevalecer este último”, su opinión se refiere al caso de que no se haya impugnado procesalmente el acto ordinario a contrastar con la ley fundamental; pero nuestra exposición más bien se refiere a cuando dicha instancia ya se ha realizado.

⁴⁴¹ *Op. cit.*, nota 7, p. 33. En un sentido similar, reconociendo la posibilidad de una interpretación constitucional de ese tipo y admirando la práctica del Tribunal Constitucional austriaco de “interpretar las normas constitucionales en caso de duda sobre su sentido, al máximo [de su amplitud semántica] en el que se comprenda la ley ordinaria”, se pronuncia Simon, Helmut, “Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl del Rin, N.P. Engel, núm. 1, 1974, p. 89; pero véase Bogs, *infra*, nota 450.

⁴⁴² Hesse, *op. cit.*, nota 7, pp. 30-32; Bogs, *op. cit.*, nota 348, pp. 17-24; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, pp. 95-97. Véase *Hooper v. California*, 155 U.S. 648, 657 (1895).

⁴⁴³ *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 439 (1935); *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 272 (1904); *The Japanese Immigrant Case*, 189 U.S. 86, 101 (1903); y *United States v. Duell*, 172 U.S. 576, 582 (1899). En realidad, el principio que nos ocupa es un desarrollo con orientación doméstica del que prescribe la interpretación conforme al derecho internacional, acuñado por Marshall al resolver el caso *Charming Betsy* en 1804 (*supra*, cap. tercero, notas 250 y 251); véase *Hooper v. California*, 155 U.S. 648, 657 (1895).

⁴⁴⁴ “[U]na ley no debe declararse nula si puede interpretarse en consonancia con la Constitución”, BVerfGE 2, 266 (282). Véanse también BVerfGE 2, 380 (398); 8, 28 (34-35); 8, 38 (41); 20, 162 (218); y 40, 88 (94).

⁴⁴⁵ SSTC 4/1981, F.J. 5; 9/1981, F.J. 3; 18/1982, F.J. 1; 112/1989, F.J. 2; y 159/2001, F.J. 10.

⁴⁴⁶ Véase Guastini, *op. cit.*, nota 214, pp. 170-175.

usanza italiana, la conoce bajo el nombre de “declaración de conformidad a la Constitución bajo reserva”;⁴⁴⁷ por mencionar a los ejemplos más notables.⁴⁴⁸

El principio de interpretación conforme a la Constitución es aplicable para dar sentido a las disposiciones legales u otros actos cuya regularidad constitucional se examine jurisdiccionalmente, y *no precisamente para determinar los alcances de las normas fundamentales*;⁴⁴⁹ al realizarse la adecuación entre los significados de la Constitución y de las leyes —actos cuya impugnación es la hipótesis más frecuente— por medio de ella, *hipotéticamente no se tiene por dudoso el significado de la Constitución*, sino el del acto ordinario confrontado con ella y al cual habrá de darse un alcance acorde con el sentido de la ley suprema supuestamente determinado con antelación.⁴⁵⁰ Así lo muestra la jurisprudencia norteamericana, para la cual es un “principio cardinal” llevar a cabo esa adecuación limitando el posible entendimiento, no de la Constitución, sino de los actos ordinarios que deben adaptarse a ella.⁴⁵¹

Si la Constitución es precisamente el parámetro que califica la regularidad de leyes y otros actos, como indicó el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán,⁴⁵² al menos abstractamente y en el mejor de los casos, sería desconcertante que ella tuviera que “acomodarse” a los actos que se supone deben observarla.⁴⁵³ La ley fundamental evidentemente no se subordina a elementos secundarios del orden jurídico, que justamente en ella y por ella obtienen validez; sencillamente parece impensable lo contrario.⁴⁵⁴ La interpretación conforme a la Constitución, corresponde a la denominada “interpretación desde la Constitución”; expresión por la cual se pretende corroborar que con ésta *debe* relacionarse subordinadamente la determinación del sentido normativo de las leyes y demás integrantes el sistema jurídico, y no viceversa.⁴⁵⁵

Ahora bien, dar a una norma ordinaria una “orientación” de conformidad con la Constitución supone que las disposiciones de ésta se han determinado y precisado para un caso concreto mediante su interpretación, sin la cual no podrían aplicarse para calificar la

⁴⁴⁷ 68-35 DC (30 enero de 1968), 80-127 DC (19 y 20 de enero de 1981) y 84-181 DC (10 y 11 de octubre de 1984). Véase Favoreu, Louis, y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003, pp. 445-447 y 617-618.

⁴⁴⁸ García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 107; y Schlaich, *op. cit.*, nota 145, p. 294.

⁴⁴⁹ Aunque puede tenerse como un “elemento accesorio del procedimiento de control [constitucional] de normas [generales]”. Simon, *op. cit.*, nota 441, p. 87.

⁴⁵⁰ Cfr. Bogs, *op. cit.*, nota 348, p. 27. Véase Ehmke, *op. cit.*, nota 2, pp. 349-350.

⁴⁵¹ Cfr. *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 62 (1932); y *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U.S. 33, 50-51 (1950).

⁴⁵² “No el sistema de normas, institutos e instituciones de rango inferior a la Constitución, forma el criterio para la interpretación de las disposiciones de derecho constitucional; por el contrario: más bien las últimas proporcionan los fundamentos y el marco al que tienen que acoplarse las restantes expresiones y pareceres (*Erscheinung*) jurídicos”, BVerfGE 28, 243 (260-261).

⁴⁵³ Dicho “acomodo” es precisamente el objeto de la interpretación adecuadora con la que se lleva a cabo la conformidad semántica entre dos normas, para el tema que nos ocupa, de diferente rango jerárquico. Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 448, pp. 108-109.

⁴⁵⁴ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 84; García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 99; Aparicio, *op. cit.*, nota 413, p. 157; y Kelsen, *loc. cit.*, nota 345.

⁴⁵⁵ Cfr. Vigo, *op. cit.*, nota 8, p. 83; Brage Camazano, *op. cit.*, nota 173, p. 184; y Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 137. “[Y]a no se trata sólo de una simple interpretación (‘conforme a la Constitución’), sino de una corrección de la ley orientada por las normas constitucionales y por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen”, Larenz, *op. cit.*, nota 6, p. 341 (cursivas añadidas).

regularidad de aquélla;⁴⁵⁶ pero en la interpretación de la norma constitucional que determinará el sentido al cual habrá de conformarse un elemento jurídico ordinario, incide necesariamente la caracterización de los hechos concretos a los cuales aquélla se aplicará y éstos adquieren mayor o menor influencia para el entendimiento del mismo parámetro constitucional, aun tratándose del llamado “control abstracto”; aunque de muy difícil revisión metodológica, ello sencillamente es inevitable y forma parte de la dialéctica hermenéutica, conformativa del procedimiento de interpretación.⁴⁵⁷ Sirvan de ejemplo el caso *Renuencia al servicio militar I* que refiere el mismo Hesse, en el cual se realizó un análisis del sentido de la objeción de conciencia prevista en el artículo 4.3 de la Ley Fundamental alemana, en vista de lo dispuesto en la ley parlamentaria relativa;⁴⁵⁸ y también la ineludible referencia a la legislación ordinaria para llenar los conceptos indeterminados constitucionales, que muestra la “estructura inescindible” en que se articulan la Constitución y el ordenamiento secundario, pero sin que éste resulte vinculante para la interpretación de aquélla.⁴⁵⁹

Esta inevitable relación entre la medida y el objeto de control constitucional, no puede llevar a la conclusión de que es la ley fundamental deba someterse a la norma ordinaria, así sea de una integrante del bloque de constitucionalidad que deba desarrollar sus implicaciones y completarla;⁴⁶⁰ se trata simplemente de la advertencia sobre un suceso que en mayor o menor grado puede acontecer en el proceso hermenéutico, para buscar no menoscabar a aquélla como primordial y autónomo parámetro de constitucionalidad: la transformación de la interpretación constitucional en una realizada “conforme a la ley”.⁴⁶¹ De este modo se ha entendido el pensamiento del profesor de Friburgo, que dio lugar a las reflexiones de esta sección.⁴⁶²

4. Atención a las consecuencias sociales y políticas

La visión tradicional de los tribunales en general, que puede decirse ha imperado en tanto en los sistemas romanistas, concibe a grandes rasgos su labor como una actividad casi mecánica en la que los jueces son simples “bocas de la ley”, que supuestamente consiste en simplemente establecer el derecho que rige los hechos del caso y aplicar a ellos sus consecuencias normativas, debiendo desempeñar ningún papel en el resultado del juicio las consecuencias políticas del caso y de su decisión, como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán añadiendo que “debe solamente resolver según el derecho”.⁴⁶³ Se ha hablado,

⁴⁵⁶ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 173, p. 171.

⁴⁵⁷ *Supra*, cap. cuarto, nota 212. *Cfr.* Aparicio, *op. cit.*, nota 413, p. 155.

⁴⁵⁸ BVerfGE 12, 45 (53-61).

⁴⁵⁹ STC 102/1995, F.J. 5.

⁴⁶⁰ Bidart Campos, *op. cit.*, nota 307, pp. 266-267. Al respecto cabe notar que, dada la presunción de constitucionalidad de que goza una norma secundaria integrante del “bloque” y de no estar en clara oposición a la Constitución, su contenido *puede* tenerse, mas no absolutamente, como un desarrollo de ley fundamental y por lo tanto implicado en ésta; de manera que *no necesariamente* hablaríamos de una “interpretación de la Constitución conforme a la ley”.

⁴⁶¹ *Cfr.* García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 232.

⁴⁶² Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 84-85.

⁴⁶³ Véanse Isensee, Josef, “Verfassungsrecht als ‘politisches Recht’”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, p. 148; *supra*, cap. primero, § V.3; BVerfGE 2, 143 (181); *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 62-63 (1936); y *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 555 (1949).

incluso, de un “principio de separación entre derecho y política” con especial relevancia para salvaguardar a los tribunales de incurrir en “riesgos políticos”.⁴⁶⁴

Este punto de vista, al menos en su versión extrema, se encuentra actualmente en una posición muy precaria, dado que ya es ampliamente reconocido que en la aplicación judicial del derecho —y cualquier otra— intervienen valoraciones y apreciaciones del operador, que alejan su labor de una actividad exclusivamente lógica formal y que incluso le permite en algún grado intervenir en la dirección política de la sociedad,⁴⁶⁵ de modo que no puede concebirse a aquélla como un simple ejercicio especulativo sobre el contenido del derecho.⁴⁶⁶ Toda aplicación jurídica sirve a la solución de problemas reales y actuales, sobre un conjunto fáctico en el cual se inserta la realización de su función, la cual sólo puede desempeñarse con atención a los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales que se relacionen con ella, que les presten juzgadores “de tal forma sensibles que capten los diversos aspectos de la realidad”.⁴⁶⁷

La aplicación del derecho requiere en distintos niveles la interpretación de las normas jurídicas relevantes, es decir “descifrar” su sentido, determinar las consecuencias que arrojaría el resultado de dicha atribución de significado y, finalmente, una decisión sobre la admisibilidad o licitud de tales efectos, según su conformidad a “valores jurídicos básicos”.⁴⁶⁸ No sólo porque constituye uno de éstos, sino por ineluctable fatalidad su mismo procedimiento, la operación del derecho tiene una dimensión que integra la “previsibilidad” de las consecuencias de un sentido normativo otorgado a una disposición jurídica, para los concretos intereses de las partes en el proceso. Dicha cualidad también debe extenderse a un pronóstico de su incidencia en la realidad de la sociedad en general y, más precisamente, en atención a la resolución de similares casos futuros de acuerdo con el principio *stare decisis*.⁴⁶⁹

Lo anterior es aplicable a la jurisdicción constitucional, aunque no exclusivamente, y da lugar a que se tenga como un principio de interpretación de la ley fundamental la “consideración de lo político (*Rücksicht auf das Politische*)”,⁴⁷⁰ atendándose a las consecuencias sociales *in genere* que puede tener una decisión constitucional. Confrontando dicho principio con la posición tradicional sobre la labor judicial expuesta al inicio, apreciamos que en realidad se trata de diferentes idiosincrasias con mucho trasfondo moral, psicológico⁴⁷¹ y filosófico en el más amplio sentido.

En cuanto al primer aspecto señalado, que es el más inmediatamente interesante, es ilustrativa la dicotomía weberiana —que resulta algo maniquea aunque aporte alguna precisión sobre la materia, pero válida sólo como simple esquema— que distingue entre una “ética de la convicción” y una “ética de la responsabilidad”. La primera es un sistema moral dogmático, de aplicación implacable de las reglas de conducta que lo integran y con una “tendencia despreciadora del empirismo y una proclividad al apriorismo y al absolutismo”; la

⁴⁶⁴ Cfr. Grimm, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 24-25. Véase también Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 38-39.

⁴⁶⁵ Véase para la jurisdicción constitucional en particular, *supra*, cap. cuarto, § II.1.

⁴⁶⁶ Que según el profesor Sagüés se da en tres “momentos” o situaciones fácticas diferentes: 1) la que integra el caso a examen judicial, 2) la que dio origen a la disposición jurídica relevante; y 3) la previsión de las consecuencias materiales de la interpretación que se dé a ese elemento normativo. *Op. cit.*, nota 206, p. 120.

⁴⁶⁷ Cfr. Carmona Tinoco, *op. cit.*, nota 17, pp. 282 y 295.

⁴⁶⁸ *Supra*, cap. primero, § I.2.A; y Sagüés, *op. cit.*, nota 206, pp. 119-121.

⁴⁶⁹ Cfr. Sagüés, *op. cit.*, nota 206, p. 122; y Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 152-153.

⁴⁷⁰ Triepel, Heinrich, *Staatsrecht und Politik*, 1927, pp. 19 y 37, referido en Isensee, *op. cit.*, nota 463, p. 150.

⁴⁷¹ Véanse Fromm, Erich, *El corazón del hombre*, trad. de Florentino M. Torner, México, FCE, 2000, pp. 36 y ss; y Rehnquist, *op. cit.*, nota 165, p. 401.

segunda, rechazando lo anterior, apuesta por una atención máxima a las consecuencias reales de la conducta humana para calificar su bondad o maldad y conduce a cierto relativismo de la aplicación de las normas de conducta según las circunstancias históricas, pues sostiene que carecen de validez universal.⁴⁷²

Como ya se habrá adivinado, la aplicación del derecho se ha colocado tradicionalmente en una “ética de la convicción”, prefiriendo omitir la referencia a los efectos prácticos de las decisiones jurídicas, en aras de la realización de una justicia consistente en el cumplimiento de determinadas normas sin importar sus consecuencias.⁴⁷³ Esta postura es objetable porque, como expusimos líneas arriba, la aplicación del derecho no debe soslayar sus consecuencias materiales, existiendo entre sus dimensiones normativa y fáctica una “inegable correlación” que tiende a que los valores contenidos en aquélla obtengan realidad y eficacia.⁴⁷⁴

La misma idea de justicia implica “una fundamental efectividad material y no se puede quedar en un mero contenido formal”, de modo que la aplicación del derecho no debe entenderse en el sentido de *fiat justitia et pereat mundus* (hágase justicia y piérdase el mundo) sino en el de *fiat justitia ut non pereat mundus* (hágase justicia para que no se pierda el mundo).⁴⁷⁵ En el derecho, como en cualquier otro aspecto de la existencia humana, “[s]e acaba por descubrir que no es la vida para la idea, sino la idea, la institución, la norma para la vida [...] como dice el Evangelio, que ‘el sábado por causa del hombre es hecho; no el hombre por causa del sábado’”.⁴⁷⁶

No quiere ser lo anterior, sin embargo, un alegato a favor de que los jueces y en particular los constitucionales, lleguen a decidir con ánimo salvífico y careciendo de todo límite que evite su actuación omnímoda,⁴⁷⁷ que sí tienen y derivados principalmente de la naturaleza de su propia función.⁴⁷⁸ El preciso significado de la “atención a las consecuencias sociales y políticas” de las decisiones jurisdiccionales es que, *con base en los principios jurídicos relevantes a su función y la controversia a dirimir*, en su ámbito autorizado —reducido o no— de configuración de la realidad social, los tribunales puedan “develar con métodos jurídicos [las] implicaciones, modalidades de validez y presupuestos” del derecho constitucional positivo o cualquier otro.⁴⁷⁹

Dentro de tales facultades de los tribunales constitucionales, la atención a las consecuencias sociales y políticas —dentro de las que se incluye el establecimiento de precedentes que regirían casos futuros⁴⁸⁰— de sus decisiones, puede hacerse efectiva para otorgar a esos órganos un elenco más vasto de interpretaciones posibles y, en un caso extremo,

⁴⁷² Schmill, Ulises, y José Ramón Cossío, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 73-77.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁷⁴ *Cfr.* STC 337/1994, F.J. 9.

⁴⁷⁵ *Cfr.* Arce y Flórez-Valdés, *op. cit.*, nota 455, pp. 87-88. Véanse Frondizi, *op. cit.*, 392, p. 202; y Schmill y Cossío, *op. cit.*, nota 472, pp. 86-87.

⁴⁷⁶ Ortega y Gasset, *op. cit.*, nota 369, p. 125. La cita evangélica corresponde a *Marcos*, 2:27.

⁴⁷⁷ Que bien pudiera escudarse, como se sabe, en la satisfacción del “orden público” y/o el “bien común”, conceptos que en un Estado constitucional democrático no son plenamente abiertos sino encuentran límites en la dignidad humana y otros valores fundamentales. Véanse STC 46/2001, F.J. 11; CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, §§ 29-31; y TEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, núms. 7151/75 y 7152/75, fondo, 23 de septiembre de 1982, § 69.

⁴⁷⁸ *Supra*, cap. cuarto, § IV. Véase también García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 182.

⁴⁷⁹ *Cfr.* Isensee, *loc. cit.*, nota 470; y Grimm, *op. cit.*, nota 464, p. 26.

⁴⁸⁰ *Supra*, nota 130.

incluso llegar a justificar la inaplicación de un precepto constitucional, a despecho del principio que prescribe darle la máxima eficacia posible pero con apoyo de una interpretación sistemática que impulse principios y bienes constitucionales de mayor peso en el caso.⁴⁸¹

Nótese que en esta última hipótesis, la inaplicación de una norma constitucional no se basaría en razones “políticas” sino estrictamente “jurídicas”, que atenderían a una interpretación unitaria constitucional, de modo que no se transgrediría la máxima de que “[e]n caso de conflicto entre el Derecho y la política, el juez está sólo vinculado al *Derecho*”.⁴⁸² La atención a las consecuencias de una decisión jurisdiccional no implica, al menos necesariamente, la inobservancia del orden jurídico y su remplazo por consideraciones personales de los juzgadores, porque con gran seguridad puede afirmarse que ningún elemento del orden jurídico exige (razonable y correctamente) que “*pereat mundus*” y con él también el mismo orden jurídico —la autodestrucción no es, obviamente, una opción válida para el derecho—, sino más bien la ponderación entre diversos bienes tutelados por la ley fundamental.

Lo mismo aplica a un paradigmático caso sobre este tema que, por la claridad y objetividad de sus circunstancias —que no se refieren, como en muchos asuntos constitucionales, a la interpretación de conceptos esencialmente controvertidos—, y aun su misma naturaleza paradójica debida a que el principio *stare decisis* —cuyo principal afiliado es el conservadurismo con “ética de convicción”— sirvió en él para volver letra muerta un artículo constitucional y así evitar “mayores perjuicios” al bien común: el caso *Naftalin v. King* resuelto por la Suprema Corte del Estado norteamericano de Minnesota.⁴⁸³

En ese asunto se puso a consideración del tribunal si la emisión y venta de certificados cuyo monto total era superior al de autorizado para la deuda pública por la Constitución local, constituían un pasivo para el Estado y por lo tanto debían ser ilícitos al igual que la ley que los promovió. La Corte resolvió con base en varios precedentes que previamente habían tenido por legítima dicha ley, pero que en este nuevo caso ella misma sostuvo que estaban basados en un “razonamiento falaz” y resultaban “erróneos”, de modo que la disposición legal en cuestión era materialmente inconstitucional, pero que “el *stare decisis* debe seguirse cuando resultará menos injusticia de la continuación [...] de una teoría errónea que de su corrección”, por lo que persistió en la interpretación que dio en casos anteriores para evitar dilaciones, dificultades y confusión en la construcción y rehabilitación de diversos hospitales (pp. 500-502), no sin decir antes de concluir que “si se presentase a este Tribunal otra vez el tema, en relación con leyes futuras [...], éstas deberán ser declaradas violatorias de la Constitución” (p. 503).

En realidad pudo apoyarse mejor esta decisión mediante una ponderación entre los bienes constitucionales de protección de la salubridad pública —seguramente previsto siquiera implícitamente en cualquier ley fundamental— y el de preservación del patrimonio estatal a través del señalamiento de límites de deuda pública. Pero la deficiente argumentación del tribunal que la falló por el camino fácil de ratificar sus precedentes, la hizo ver como una decisión más “política” que “jurídica”, de ahí que se le tome de ejemplo para este tema, para ilustrar los problemas que ocasiona aquel tipo de “decisiones judiciales” al eliminar toda seguridad jurídica, como elocuentemente puso de relieve el *justice* Knutson en su correspondiente voto disidente: dicho juzgador rehusó unirse a un razonamiento que “permite

⁴⁸¹ Cfr. Sagüés, *op. cit.*, nota 206, pp. 123-125; *supra*, notas 357 y 359.

⁴⁸² García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 184. Véase STC 22/1981, F.J. 9.

⁴⁸³ 257 Minn. 498 (1960). Véanse los comentarios sobre este asunto de Sagüés, *op. cit.*, nota 206, pp. 116-122; y Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 153-154.

a un acto de inconstitucionalidad reconocida, ser llamado constitucional por el simple proceso de ignorar lo que sabemos que es correcto” (p. 504), porque “[s]i vamos a desempeñar nuestra función judicial [...] la ley ahora bajo consideración tiene que ser declarada constitucional o inconstitucional de acuerdo al lenguaje de la Constitución. No puede ser una cosa hoy y otra mañana” (p. 511; cursivas suprimidas).

Por último, un aspecto preciso de la consideración a los efectos de una decisión constitucional, apunta hacia el consenso social que cree a su alrededor. Hemos señalado en diversas ocasiones⁴⁸⁴ que un aspecto fundamental de la actividad de los jueces constitucionales es buscar la legitimidad social de sus decisiones, expresada a través de la adhesión o conformidad de los integrantes de la colectividad a ellas; la suma importancia de este elemento ha sido llevado al extremo de que se formule para la interpretación constitucional un “principio de valoración de la relevancia de perspectivas elaboradas [en la sociedad]”, cuya satisfacción se mide por la “eficacia integradora” de las decisiones constitucionales, consistente en dar preferencia a aquellos puntos de vista —y las alternativas de interpretación que impulsan— que permitan a la Constitución lograr sus fines de “unidad política” de la sociedad.⁴⁸⁵ Como se aprecia fácilmente, este principio de “integración” —llamado así para efectos prácticos— promueve una consideración especial hacia la percepción de la opinión pública, o por lo menos de actores importantes para tomar su pulso —como los *amici curiae*—, sobre la actuación de la jurisdicción constitucional y le otorga un carácter determinante en el sentido de las decisiones que ésta adopte.

Sin embargo, dicha consideración no debe llegar al grado de que los tribunales resuelvan con el fin de obtener la simpatía ciudadana; más importante que la “legitimidad sociológica” es la “legitimidad axiológica”, “es decir, que respete a los valores de la Constitución”.⁴⁸⁶ Para garantizar esta última, relacionada con el “principio de verdad” y la “pretensión de corrección” de la decisión judicial, se postulan precisamente los principios de *independencia e imparcialidad judicial*, esenciales en toda jurisdicción democrática al apartarla “de otros órganos estatales y del pueblo mismo”, así como de otros grupos de presión, vinculándose sus resoluciones sólo a “la ley y el derecho”.⁴⁸⁷

Si bien en las modernas sociedades democráticas no es bien visto “que el Tribunal deba ser indiferente al temperamento público y a los deseos populares”,⁴⁸⁸ tampoco puede llegarse al extremo de que el juez constitucional “falle buscando *exclusivamente* la aceptabilidad general”; más bien el significado preciso del principio que exponemos es que los tribunales constitucionales no deben “ignorar por dónde pasan las [...] inquietudes ciudadanas”.⁴⁸⁹ Precisamente para lo anterior, no debe perderse de vista que por su función (contramayoritaria) de protección de minorías, no pocas veces la jurisdicción constitucional

⁴⁸⁴ Véase, por todas, *supra*, § I.3.

⁴⁸⁵ Hesse, *op. cit.*, nota 7, p. 29. Esencialmente en el mismo sentido Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 155-156.

⁴⁸⁶ Sagüés, *op. cit.*, nota 206, p. 155. Un ejemplo notable es el caso *Crucifijo* resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 93, 1), cuya resolución “produjo ‘una arrebataada protesta (*firestorm of protest*)’ por todo el país y se vio por mucho como una amenaza a la cultura cristiana alemana”, debido a que en ella se estimó contrario a la libertad de conciencia que se colgaran cruces o crucifijos en los salones de clase de escuelas públicas elementales no confesionales, declarándose inconstitucional la sección 13.1, núm. 3, de la Ley de las Escuelas Populares de Baviera, con lo que implícitamente se ordenó el retiro de tales objetos; en reacción a esa decisión, “[l]as autoridades bávaras desafiaron al Tribunal y se rehusaron a cumplir la sentencia”; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, p. 641, nn. 31 y 33.

⁴⁸⁷ Cfr. Chryssogonos, *op. cit.*, nota 147, p. 56; Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, pp. 545 y 547; y González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 168.

⁴⁸⁸ *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.*, 335 U.S. 538, 557 (1949).

⁴⁸⁹ Cfr. Vigo, *op. cit.*, nota 8, pp. 156-157 (cursivas añadidas al texto transcrito).

habrá de resolver en forma opuesta a los deseos de la mayoría y de sus representantes a fin de proteger los valores constitucionales, desempeñando con ello “una misión democrática fundamental, para lo cual *a veces* está mejor preparada que los órganos legislativos”.⁴⁹⁰

Por otro lado, la misma naturaleza del Estado constitucional democrático y el pluralismo que le es esencial, harán sencillamente imposible la realización del consenso social sobre una decisión jurisdiccional, lo que inevitablemente conduciría a una politización de la justicia constitucional. En tales ocasiones, es muy posible que los jueces hayan de tomar partido sobre una u otra posibilidad de solución a los conflictos y se les perciba a unos como “protegiendo a los ciudadanos contra la opresión estatal y, a sus contrarios, “socavando la misma estructura social de la comunidad por un *fiat* arbitrario”; con el resultado de que la decisión del caso adoptada por la mayoría, no satisfaga a todos los integrantes de la sociedad y ni siquiera logre una solución material al conflicto social que subyace a él.⁴⁹¹

Aunque esta dimensión “política” de la interpretación sea la más llamativa en cuanto a la atención que deba tener el juicio constitucional a sus consecuencias, no es la única; el principio que comentamos no sólo se limita a alcanzar la legitimidad social del juicio constitucional, sino que tiene el *objetivo general* de que se “apreci[en] las consecuencias que tendrá un fallo”, y su previsión oriente —no determine inexorablemente— la decisión judicial.⁴⁹² Además del amplio impacto social que una decisión pudiera tener, es preciso considerar también las implicaciones prácticas que tuviera en los procedimientos jurídicos y los resultados que de ellas se obtendrían, es decir cómo influirían en la actividad cotidiana de los operadores jurídicos a los que se dirigen e, indirectamente, por supuesto que también en la conformación de la vida social que regula el derecho; tal sería una manifestación de una “ética de la responsabilidad” de los órganos jurisdiccionales. Un ejemplo de lo anterior y que también puede relacionarse con el principio de plena fuerza normativa constitucional, arriba expuesto, es la interpretación que los tribunales norteamericano y alemán dieron a la tipicidad punitiva.

Aunque al sostener que “las leyes penales deben ser tan precisas e inequívocas (*unambiguous*) que la persona ordinaria pueda saber cómo evitar la conducta ilícita”,⁴⁹³ la Suprema Corte norteamericana no resolvió una cuestión constitucional sino una relativa a la interpretación de una ley ordinaria, se percibe fácilmente que la elaboración de ese parámetro está inspirada por el “debido proceso legal” a que se refiere la Enmienda V de su Constitución. Más cercano a nosotros, por pertenecer a nuestra tradición jurídica y expresarlo el artículo 103.2 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal alemán compartió la opinión anterior y señaló que a la tipicidad penal aplica una “reserva de ley rigurosa” y le estableció un “mandato de determinación (*Bestimmtheitsgebot*)” que exige del legislador decidir con precisión los alcances de sus disposiciones penales, de manera que los destinatarios de la norma puedan prever cuáles conductas son punibles, a fin de cuidar su seguridad jurídica a través de una “literalidad perceptible y entendible del supuesto legal”.⁴⁹⁴ A nuestro parecer ambos tribunales cursaron dos vías con esta interpretación: por un lado buscaron que las consecuencias de los preceptos de sus respectivas Constituciones produjeran el efecto de tutelar a quienes puedan verse afectados por la aplicación de una norma punitiva, impidiendo que una vaga formulación legislativa tuviera como consecuencia su inseguridad jurídica, y al

⁴⁹⁰ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 173, p. 183, n. 385 (énfasis añadido).

⁴⁹¹ *Cfr.* Rosenfeld, *op. cit.*, nota 29, pp. 641 y 664-665.

⁴⁹² *Cfr.* García Belaunde, *op. cit.*, nota 1, p. 3427.

⁴⁹³ *United States v. Sullivan*, 332 U.S. 689, 693 (1948).

⁴⁹⁴ BVerfGE 71, 108 (114-116). Véase también TEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, núm. 14307/88, fondo y satisfacción equitativa, 25 de mayo de 1993, § 52.

mismo tiempo dar la mayor eficacia posible a ese valor esencial del orden jurídico y a los derechos fundamentales de dichos sujetos.

IV. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN GESTACIÓN

Podríamos asimismo hablar de dos “principios” que actualmente se encuentran en un incipiente pero firme desarrollo en la doctrina y en la práctica jurisdiccional: la referencia en el juicio constitucional al derecho internacional de los derechos humanos⁴⁹⁵ y la comparación jurídica; su futura —próxima o algo remotamente— parece insorteable, dado que resultan de una evolución histórica hacia una “comunidad internacional unificada”.⁴⁹⁶ Salvo el primero en ciertos casos aún excepcionales como el español, no son considerados como principios “generalmente aceptados” de la interpretación constitucional, pero la indudable evolución del constitucionalismo contemporáneo hacia su dirección, hacen obligado su tratamiento.

1. Referencia al derecho internacional de los derechos humanos

La interpretación constitucional determinada por el derecho internacional de los derechos humanos, deriva de una perspectiva sistemática de la *totalidad del orden jurídico*, ya vislumbrada desde Engisch. De acuerdo con ésta, la aplicación de un derecho fundamental no debe desligarse de los compromisos internacionales que asimismo también dan un sentido normativo a las obligaciones del Estado a su respecto, que no puede soslayarse por formar un “contexto externo” al cual debe referirse su interpretación.⁴⁹⁷

En un ordenamiento en el cual no se reconociera a los tratados internacionales sobre derechos humanos una jerarquía superior a la Constitución o siquiera equivalente a ésta, pareciera este criterio interpretativo desconocer la supremacía de los derechos fundamentales y, como consecuencia, pudiera tenersele como una directiva insostenible. Esta última opinión en realidad parte de la equivocada separación entre los derechos fundamentales y los humanos de fuente internacional; ambos en realidad forman una unidad inescindible que adquiere eficacia en las mismas relaciones jurídicas, compartiendo finalidad: la protección de la dignidad humana, lo que los vuelve complementarios y que tiendan a la máxima salvaguarda de ese valor.⁴⁹⁸

Por eso, por lo menos en materia de derechos humanos —temas como el libre comercio y su relación con el derecho constitucional, serían otra cosa—, ningún problema representa hablar de la aplicación preferente del derecho internacional, así sea a través del principio *pro homine* que establece para que sus normas sean superadas por las domésticas que representen un mayor grado de protección al ser humano.⁴⁹⁹

Puede la jurisdicción constitucional usar argumentos basados en el derecho internacional, ya sea como simples adiciones para fortalecer la legitimidad de sus decisiones o bien determinándolas significativamente; en todo caso

⁴⁹⁵ Aunque con menor amplitud, puede hablarse también de la referencia al derecho comunitario como principio de la interpretación constitucional; véase *supra*, cap. tercero, § VII.

⁴⁹⁶ Barak-Erez, Daphne, “The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, p. 612.

⁴⁹⁷ *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 115; Baldus, *op. cit.*, nota 241, pp. 184 y 189; y *supra*, cap. tercero, nota 157.

⁴⁹⁸ Véase *supra*, cap. tercero, §§ III.1 y IV.

⁴⁹⁹ Véase *supra*, cap. tercero, § VI.

es posible que [las] perspectivas sobre la ley local estuvieran conformadas por la posición del derecho internacional e influidas por *complejos procesos de diálogo e inspiración* dentro de la comunidad internacional de jueces y juristas.⁵⁰⁰

2. Comparación jurídica

La comparación jurídica (*Rechtsvergleichung*)⁵⁰¹ en diversas ocasiones ha sido designada por el profesor Peter Häberle como el “quinto método de la interpretación constitucional”, pero no queriendo decir que pueda presentarse aisladamente sino más bien “únicamente como referencia a los cuatro métodos clásicos [de Savigny]”.⁵⁰² A pesar de que incluso es jurisdiccionalmente reconocida su denominación de “método”,⁵⁰³ como hemos expuesto la comparación jurídica es realmente una “técnica” interpretativa, un recurso del que puede valerse la interpretación dentro de su método dialéctico, al consistir en una operación intelectual de contraste entre órdenes e instituciones jurídicos para establecer las relaciones de coincidencia, semejanza y diferencia entre ellas, con el fin inmediato de establecer los factores que han determinado su origen, transformaciones y evolución.⁵⁰⁴

No es novedosa la comparación jurídica, pero a pesar se ha efectuado en “forma embrionaria” desde la antigüedad por autores tan importantes como Herodoto y Aristóteles, entre otros precursores, es hasta el siglo XX que se desarrolla como un “procedimiento racional”.⁵⁰⁵ Pese a que no se acepten del todo los ejercicios de esta índole, un efecto de la globalización es la mayor referencia a sistemas jurídicos ajenos, desterrando tendencias “insulares”,⁵⁰⁶ aunque no sólo sea factible de llevarse a cabo en ese plano sino también en el interno, así como en diferentes subniveles.⁵⁰⁷

Entre las diferentes utilidades de la comparación jurídica para el derecho constitucional, destaca la referida a la interpretación de la ley fundamental, que en su forma argumentativa atribuye significado a un texto, siguiendo al que se le ha otorgado en un sistema jurídico diferente, por considerar la autoridad de este último y en la medida en que la tenga.⁵⁰⁸ Tal

⁵⁰⁰ Cfr. Barak-Erez, *op. cit.*, nota 496, p. 628 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁵⁰¹ Expresión con que acertadamente señalan los alemanes a lo que generalmente se conoce como “derecho comparado”, denominación que resulta “vaga, ambigua y equívoca y, por tanto, fuente inagotable de perplejidades”. Tamayo y Salmorán, Rolando, “El ‘derecho comparado’, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, p. 1356.

⁵⁰² “Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl del Rin, año 31, núms. 5-8, 26 de abril de 2004, pp. 121-122; “Das Konzept der Grundrechte”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 306-307; *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 162-165; y *op. cit.*, nota 10, pp. 680-686.

⁵⁰³ BVerfGE 3, 225 (244).

⁵⁰⁴ Vergottini, Giussepe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 2; y Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 501, pp. 1364-1365.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 1359; y Pegoraro, Lucio, y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado. Metodologías de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 5-10.

⁵⁰⁶ Cfr. Amman, Diane Marie, “‘Raise the flag and let it talk’: On the use of external norms in constitutional decision making”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 597-598 y 609-610.

⁵⁰⁷ Vergottini, *op. cit.*, nota 504, p. 24; y Pegoraro y Rinella, *op. cit.*, nota 505, pp. 66-68.

⁵⁰⁸ Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, pp. 345-346.

influencia de sistemas extraños puede ser ejercida directamente cuando los tribunales constitucionales, para establecer el *status quaestionis*⁵⁰⁹ de casos bajo su decisión, contrastan las diversas soluciones que se da a otros análogos en los textos o en la jurisprudencia de otros países, y son persuadidos por las razones que sustentan a alguna de ellas, o bien por vía mediata dada por el seguimiento de la jurisprudencia de tribunales internacionales a los que se hayan vinculado, los cuales han asimilado dichos elementos extranjeros como fuente del derecho internacional, según indica el artículo 38, inciso c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁵¹⁰

Primeramente es claro que el “método” comparativo no puede limitarse al simple conocimiento del derecho extranjero o a la mera “colección y confrontación” de documentos constitucionales; precisa un adecuado conocimiento del contexto político y cultural de los sistemas en cotejo, que permita la correcta precisión de su *funcionalidad*, punto de vista que tradicionalmente se considera como la debida orientación de la comparación jurídica.⁵¹¹ Ello nos lleva a delimitar precisamente cuál es su utilidad; no se trata de una vinculación jurídica, irreflexiva, a precedentes e instituciones de otros países o de tribunales internacionales a los que el Estado propio se encuentre sometido, sino a una *ampliación de horizontes* que dota de más herramientas a la decisión de los tribunales, sobre todo en casos que les son inéditos pero ya resolvieron otras jurisdicciones, además de propiciar un acercamiento transnacional para la concepción de los derechos humanos y la democracia.⁵¹²

La comparación jurídica en materia constitucional procede en términos muy amplios de tres factores que presentan los sistemas jurídicos en la actualidad.⁵¹³ 1) la solución de “cuestiones comparables” que, no obstante aparentar sólo relevancia doméstica, implican experiencias compartidas entre los países; 2) el origen común de los sistemas nacionales que puede aportar respuestas comunes, que conduce a la formación de un *jus constitutionale commune*, un derecho constitucional democrático cosmopolita, como “fondo común de ideas jurídicas [constitucionales]”;⁵¹⁴ y 3) una legitimidad estatal en el ámbito externo que orilla, aunque no en forma vinculante a “mirar a parámetros internacionales para iluminar nuestros [propios] valores constitucionales”,⁵¹⁵ lo que cobra especial importancia tratándose de los integrantes de una doctrina común formada dentro de un sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Determinar qué jurisdicciones y resoluciones pueden servir de referentes a las decisiones judiciales domésticas, es una cuestión de gran complejidad; pero atentos los factores relacionados y sin desconocer el carácter de fuente jurídica meramente persuasiva y no

⁵⁰⁹ Formando un “expediente para evocar de manera resumida los términos en que el problema que nos ocupa se ha discutido en el contexto justificativo”, véase Cossío Díaz, José Ramón, “Libertad de expresión y crítica a la función pública”, *Nexos*, México, año 29, vol. XXIX, núm. 349, enero de 2007, p. 43 (voto particular en el amparo directo en revisión 1580/2003 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

⁵¹⁰ Cfr. Vergottini, *op. cit.*, nota 504, pp. 12-15; y Pegoraro y Rinella, *op. cit.*, nota 505, pp. 79-80.

⁵¹¹ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 501, p. 1370; Vergottini, *op. cit.*, nota 504, p. 39; y Pegoraro y Rinella, *op. cit.*, nota 505, pp. 50-55 y 81.

⁵¹² Cfr. Fine, Toni M., “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América” (trad. de Rodolfo Vejar), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 339 y 342-346.

⁵¹³ Cfr. Amman, *op. cit.*, nota 506, pp. 605-609.

⁵¹⁴ *Supra*, cap. segundo, nota 303. Con ello se subsana en nuestra opinión, en alguna medida por lo menos, la deficiencia dogmática que se ha atribuido al enfoque comparatista en materia constitucional; Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 501, p. 1369.

⁵¹⁵ Henkin, Louis, *Foreign affairs and the United States Constitution*, 2a. ed., Clarendon Press, 1996, p. 322, citado en Amman, *op. cit.*, nota 506, p. 609, n. 58. Véase *supra*, cap. tercero, nota 144.

vinculatoria del derecho extranjero, puede ser parámetro de solución al problema, la referencia a reconocidas “tendencias de gran calado en la comunidad internacional”, que muestren un consenso en la práctica de Estados democráticos sobre —muy particularmente respecto de los derechos humanos como tema universal—. ⁵¹⁶ De tal manera, la referencia al derecho extraño al propio sistema jurídico no sólo sería conveniente sino aun exigido por tratarse dichas “tendencias” de un punto de vista que por su amplitud no debe soslayarse, al menos como objeto de confrontación para establecer si es correcta la opinión diferente que se sostiene. ⁵¹⁷

Se da con la comparación jurídica una “traducción” analógica de una tradición a otra, que las vincula pero no produce una simple reproducción del pensamiento de la que sirve de fuente, sino un entendimiento con ella y su asimilación por la receptora para “potenciarse” a sí misma—sobre todo si sus paradigmas ya no son adecuados— y *no para destruirse*. Esta apertura a diferentes tradiciones no es un simple conocimiento anecdótico sino permite a la propia enriquecer su contenido y, más aún, dar con un grado mayor de acierto en la verdad al acudir a perspectivas diferentes a las que ya incluye su ámbito, que puedan ayudarle a rectificar su pensamiento o simplemente afinarlo; porque “no sólo tiene sentido hablar dentro de la propia tradición sino dentro de varias, entre las cuales se comparten rasgos comunes de racionalidad”. ⁵¹⁸

Si pudiéramos dar un paradigma del uso de esta metodología en la jurisprudencia, habríamos de referir al Tribunal Constitucional español que en muchas de sus decisiones alude, vaga o precisamente, a la jurisprudencia de los homólogos alemán e italiano y ocasionalmente a la de otros países. ⁵¹⁹ Ello en realidad no resulta extraño, puesto que la misma Constitución española tuvo origen en un ejercicio comparativo con las experiencias de los países señalados. ⁵²⁰

Otro ejemplo, ya en nuestras latitudes, es el de Argentina cuya Corte Suprema no sólo inspira claramente su jurisprudencia en la norteamericana —basta solamente conocer su doctrina del “debido proceso sustantivo” para confirmarlo ⁵²¹— sino que, si hacemos caso a

⁵¹⁶ Cfr. Fine, *op. cit.*, nota 512, pp. 360-361.

⁵¹⁷ No podemos dejar de invocar el siguiente fragmento, ya clásico en el tema: “El derecho comparado —y en ello reside su principal interés, a juicio de muchos— constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra ciencia jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio Derecho. Cuando los juristas se repliegan sobre su Derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como es su misión, el desarrollo de su derecho [*sic*].- El Derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien provincianismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”, David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 9, citado en Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 45-46.

⁵¹⁸ Cfr. Beuchot, *op. cit.*, nota 72, pp. 74-77.

⁵¹⁹ Véanse sólo algunas muestras de ese tribunal: SSTC 4/1981, F.J. 1, inc. c) (sistemas de justicia constitucional alemán e italiano); 36/1982, F.J. 6 (jurisprudencia italiana); 127/1994, F.J. 6, inc. c) (jurisprudencia alemana); 117/1998, F.J. 5 (jurisprudencia alemana); 39/2002, F.J. 5 (jurisprudencia italiana); y 48/2003, F.J. 7 (Constituciones francesa y alemana).

⁵²⁰ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 14, p. 347; y Aparicio, *op. cit.*, nota 413, pp. 49-50.

⁵²¹ Cfr. Cianciardo, *op. cit.*, nota 259, pp. 32-45; y Gozaini, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 60-62. Para un resumen de esta doctrina norteamericana, véase *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, § II (1997).

don Felipe Tena Ramírez, “ha autorizado expresamente [su] aplicación supletoria” (caso *D. Mendoza v. Provincia de San Luis*).⁵²²

Un caso llamativo sobre el tema es el de los Estados Unidos. En su época inicial la Suprema Corte de ese país —una vez más a través de Marshall— veía con respeto el derecho extranjero, incluso jurisprudencial,⁵²³ que de algún modo le era determinante en la aplicación del orden interno; lo cual de algún modo estuvo inspirado por los principales estadistas de esa nación.⁵²⁴ Pero, por casi siglo y medio ese tribunal había sido renuente a considerar los órdenes jurídicos extraños al doméstico,⁵²⁵ hasta que en 2003 —simplemente por referir una fecha clara— resolvió diversos casos usando parámetros internacionales,⁵²⁶ lo que hizo decir al articulista Tony Mauro que “la otrora Alta Corte aislacionista se volvió global (*once isolationist high court goes global*)”.⁵²⁷

La discusión sobre el tema en ese país se encuentra muy lejos de definirse; básicamente, la polémica se da entre un sector no sólo de la Suprema Corte sino incluso del Congreso de ese país, con una arraigada mentalidad nacionalista, contra otro consciente de que el aislamiento de la interpretación constitucional norteamericana lleva a un anquilosamiento de los ideales democráticos y que resulta incongruente con la política exterior de los Estados Unidos;⁵²⁸ esta diferente opinión puede deberse, cuando menos, al malentendimiento de la comparación jurídica y su concepción como una vinculación a los sistemas jurídicos extranjeros, aunque ello más bien parece encubrir una actitud altiva de aquella facción del constitucionalismo norteamericano. Lo que es un hecho es que incluso una jurisdicción tan cerrada como la de ese país, al menos de forma incipiente ha volteado a la comunidad internacional y aun precisado el papel que conviene a la comparación jurídica;⁵²⁹ ilustran lo anterior las palabras del *justice* Kennedy, hablando por la mayoría de la Corte en el último de los mencionados casos en que ésta se afirmó en una postura comparatista:

Es propio que reconozcamos el peso abrumador de la opinión internacional [...] La opinión de la comunidad mundial, aunque no determina nuestro resultado, provee en efecto una confirmación respetada y significativa de nuestras propias conclusiones.

⁵²² *Op. cit.*, nota 4, p. 120.

⁵²³ “Las decisiones de los tribunales de todo país, en tanto se funden sobre una ley común a todo país (*so far as they are founded upon a law common to every country*), se recibirán no con autoridad sino con respeto. Las decisiones de los tribunales de cada país muestran cómo el derecho de las naciones, en un dado caso, se entiende en ese país, y serán consideradas al adoptar la norma que debe prevalecer en éste”, *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. (9 Cranch) 191, 198 (1815). Véase *supra*, nota 443.

⁵²⁴ *El Federalista* (núm. 63) resalta la importancia de “tener en cuenta la opinión de otras naciones”, y la misma formación del sistema constitucional norteamericano se debió al “interés por el derecho extranjero”. Pegoraro y Rinella, *op. cit.*, nota 505, p. 11; y Fine, *op. cit.*, nota 512, p. 340.

⁵²⁵ *Cfr.* Amman, *op. cit.*, nota 506, pp. 600-605; y Sagüés, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 205-207.

⁵²⁶ *Gratz v. Bollinger* (539 U.S. 244); *Grutter v. Bollinger* (539 U.S. 306); y *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558). A éstos se añaden los casos *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304 [2002]) y *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551 [2005]), que comenta Fine, *op. cit.*, nota 512, pp. 329 y ss.

⁵²⁷ Amman, *op. cit.*, nota 506, p. 597, n. 2.

⁵²⁸ Fine, *op. cit.*, nota 512, *passim*.

⁵²⁹ Véase Sagüés, *op. cit.*, nota 525, pp. 216-217.

...Estas doctrinas y garantías [constitucionales] son centrales a la experiencia americana y permanecen esenciales a nuestra actual autodefinición e identidad nacional. Ni la menor de las razones por las que honramos a la Constitución, entonces, consiste en que sabemos que es la nuestra. No aminora nuestra fidelidad a la Constitución o nuestro orgullo por sus orígenes admitir que la afirmación expresa de otras naciones y pueblos a ciertos derechos fundamentales, simplemente subraya el carácter central de esos mismos derechos en el seno de nuestra propia herencia de libertad.⁵³⁰

V. CONTROL DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS CONSTITUCIONALES Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL

La misma naturaleza jurisdiccional de la actividad de los tribunales constitucionales, lleva a que sus decisiones puedan ser analizadas y estudiadas para establecer su corrección; las resoluciones judiciales sólo adquieren legitimidad material en tanto puede verificarse su corrección y resulten de un procedimiento racional de aplicación del derecho.⁵³¹ La misma elaboración de un cuerpo metodológico obedece al propósito de controlar de algún modo el ejercicio de la función jurisdiccional; no tendría sentido hablar de métodos y directivas de aplicación jurídica, si éstos fueran un simple esfuerzo por teorizar una labor que se admita como decisionista, lo cual además parece muy alejado del propósito general del derecho —en general y no sólo jurisprudencial— de establecimiento de un orden social racional y justo.⁵³²

Lo anterior lleva a la necesidad de configurar alguna clase de control que permita calificar los criterios usados por los tribunales en sus resoluciones, que lleve a establecer el mérito o demérito de los jueces como consecuencia de la responsabilidad en sus decisiones. Esto adquiere especial importancia y peculiaridades tratándose del juicio constitucional que mantiene muchas más zonas grises que la de otras ramas jurídicas y puede, por lo mismo, ser un ámbito de ejercicio arbitrario del poder⁵³³ y cuyo control se topa con muchas dificultades.

Para comenzar, no podríamos hablar de establecer garantías “fuertes” para los tribunales constitucionales a través de procedimientos por los cuales pueda obtenerse la nulidad de sus actos;⁵³⁴ ello repugnaría a la misma idea de un “tribunal constitucional como intérprete definitivo de la ley fundamental.”⁵³⁵ En términos prácticos y con ciertos límites, puede decirse que los tribunales internacionales de derechos humanos o comunitarios controlan la actuación de los tribunales domésticos, al verificar la compatibilidad de los efectos de su interpretación constitucional y otras disposiciones internas, con sus obligaciones internacionales;⁵³⁶ haciendo las veces de una “instancia casacional” de actos violatorios de los tratados correspondientes, que materialmente anule las interpretaciones domésticas en tanto pueda haber una *restitutio in*

⁵³⁰ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 578 (2005).

⁵³¹ *Supra*, notas 141 y 146.

⁵³² *Cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 75, pp. 356-359.

⁵³³ *Cfr.* Chrysogonos, *op. cit.*, nota 147, p. 57.

⁵³⁴ Las que Ferrajoli distingue de las “débiles” consistentes solamente en sanciones por las desviaciones en que incurran los jueces en el ejercicio de su función; *op. cit.*, nota 146, p. 594. Con una tendencia parecida, opinando que tanto unas como otras garantías se relacionan con la forma democrática de gobierno, se pronuncia Burgoa, *op. cit.*, nota 4, pp. 554-556.

⁵³⁵ Nos referimos por supuesto al concepto de “tribunal constitucional” como órgano jurisdiccional que interpreta definitivamente la Constitución, no plenamente identificable con el kelseniano en sentido estricto. Véase *supra*, cap. cuarto, § I.2.

⁵³⁶ *Supra*, cap. tercero, nota 281.

integrum.⁵³⁷ Pero bien vista y aunque *de facto* pudieran ser una especie de control, la jurisdicción internacional no tiene precisamente por objeto revisar que los tribunales constitucionales interpreten “correctamente” la Constitución de sus respectivos países, sino que con su actuación cumplan los convenios internacionales sobre los cuales recae su competencia y los parámetros internacionales accesorios a ellos —como la doctrina contenida en la jurisprudencia internacional—. ⁵³⁸

Por lo tanto, por lo menos en el ámbito doméstico, por definición sólo podrá imponerse a los tribunales constitucionales, *controles “débiles”* a su actuación, concernientes a la responsabilidad que pudiera fíncarse a sus integrantes por las faltas en que incurran en el ejercicio de su función. Inicialmente no parece claro qué clase de responsabilidad sería conveniente aplicar a la jurisdicción constitucional pero, en todo caso, la principal dificultad que al respecto puede encontrarse es el inconveniente de que con dicha fiscalización se llegaría a “alguna forma de dependencia respecto a los órganos llamados a ejercerla”,⁵³⁹ y ello contravendría el principio de independencia judicial y a la adecuada impartición de justicia al implicar una subordinación de la jurisdicción constitucional a los órganos que se encarguen de establecer la responsabilidad de sus titulares.

La independencia judicial se distingue en la actualidad muy precisamente de la imparcialidad. Ésta constituye un aspecto más bien “intelectual y moral” del juzgador por la cual conoce del asunto sin predisposición y con “terceridad (*terzietà*)” respecto de las partes; en cambio, la primera se refiere a la situación política de los jueces respecto de otros órganos y a la existencia de garantías que les permitan tomar sus decisiones sin influencia de otros agentes, en virtud de los cuales pueda depender su permanencia en su cargo o su sustento económico. Ambas, sin embargo, se hallan íntimamente relacionadas y puede decirse que en realidad aluden en conjunto a una “imparcialidad *lato sensu*” de los tribunales,⁵⁴⁰ la autonomía orgánica de los tribunales, y en especial la de los constitucionales “en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento” como advirtió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, redundando en una “mayor objetividad” en el cumplimiento de sus funciones y la emisión de sus juicios, que obviamente se vería menoscabada de abrirse la posibilidad de “presiones externas”, que bien pueden provenir de los órganos encargados del “control” de la actividad judicial, lo que contradiría a la garantía de un debido proceso.⁵⁴¹

El obstáculo que para la imparcialidad judicial crea la posibilidad de que los titulares de órganos jurisdiccionales puedan someterse a un procedimiento de responsabilidad, en realidad no es absolutamente insuperable; más bien, dicha responsabilidad la exige su misma sujeción al orden jurídico en razón de su misma funcionalidad, el cual no puede mantener en el ejercicio del poder público a un funcionario que deba ser removido a causa de su indebida actuación, abriéndose una materia de excepción al principio de inamovilidad judicial.⁵⁴² Se

⁵³⁷ Cfr. Benda, Ernst, y Eckart Klein, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001, p. 31; y *supra*, cap. tercero, notas 108 y 109.

⁵³⁸ *Supra*, cap. tercero, nota 282.

⁵³⁹ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, p. 593.

⁵⁴⁰ Véanse *ibidem*, pp. 539, 580 y 584-589; Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, pp. 231-234; y TEDH, *Findlay v. United Kingdom*, núm. 22107/93, fondo y satisfacción equitativa, 25 de febrero de 1997, § 73.

⁵⁴¹ Cfr. CIDH, *Tribunal constitucional*, fondo, 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71, § 75; y CIDH, *Herrera Ulloa*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, § 171.

⁵⁴² Cfr. Gómez Lara, *op. cit.*, nota 540, p. 234. “...conviene señalar que [la] independencia [judicial] tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho...”, STC 108/1986, F.J. 6.

abre entonces la posibilidad de establecer (siquiera) “garantías débiles” para el control de la actividad de los órganos jurisdiccionales constitucionales, con tres diferentes alternativas para establecer la responsabilidad de sus titulares por su indebida actuación, de los siguientes tipos: política, jurídica —que incluye a las subespecies civil, penal y disciplinaria— y social, cada una de ellas reflejo de un ideal al que responde toda la organización judicial.⁵⁴³

La primera de ellas, desplegada a través del proceso de juicio político, puede ser aplicable a la jurisdicción constitucional en tanto posee una cierta “responsabilidad política indirecta”, al ser designados sus integrantes por altos órganos del Estado.⁵⁴⁴ La Corte Interamericana, precisamente en el caso *Tribunal constitucional* en el cual se reclamó el procedimiento de juicio político a los magistrados de ese órgano del Perú, afirmó que “este control no significa que exista [necesariamente] una relación de subordinación entre el órgano controlador [...] y el controlado”, de modo que tanto ese mecanismo como otros relativos a la vigilancia de los órganos jurisdiccionales se entienden para realizar un examen y vigilancia necesarios en la actuación de los tribunales;⁵⁴⁵ pero ello manteniéndose en esos procedimientos las *mínimas garantías del debido proceso*, sin importar la naturaleza orgánica de la institución que lo tramite y resuelva —precisamente por vulneración a esos derechos la Corte Interamericana resolvió a favor de las víctimas en el asunto que referimos—.⁵⁴⁶ Sin embargo, no parece recomendable esta alternativa al menos para los tribunales constitucionales, porque los órganos políticos señalados para resolver un proceso de esta clase son aquellos que en no pocas ocasiones aparecen como justiciables ante los tribunales constitucionales y, particularmente, porque aquéllos pueden “ser los menos imparciales para fungir como jueces, por su afiliación partidista”, pudiendo servir el juicio político de ocasión para la *vendetta* o lograr la sumisión de la jurisdicción constitucional.⁵⁴⁷

La responsabilidad jurídica de los jueces, en su triple vertiente: penal, civil y disciplinaria, aparece como la “apropiada” a la función jurisdiccional; sin embargo, no se halla exenta de acarrear problemas en la práctica.⁵⁴⁸ Primeramente, la dificultad de fincar una condena *penal* a un juzgador por la voluntaria falta en el ejercicio de sus funciones, si bien parece estar a todas luces justificada, es complicada en cuanto a la precisa tipificación de las conductas judiciales que se tendrán por punibles. Por su lado, la responsabilidad *civil* judicial “crearía el riesgo de intimidar y paralizar la función judicial [...]; y de producir [...] una huida de los jueces de la responsabilidad del juicio”,⁵⁴⁹ y en realidad la tendencia en la actualidad al respecto es una

⁵⁴³ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, pp. 594-595. Véase también Fix-Zamudio, Héctor, y José Ramón Cossío Díaz, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 2003, pp. 33-35.

⁵⁴⁴ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, p. 596.

⁵⁴⁵ *Cit.*, nota 541, §§ 63 y 73.

⁵⁴⁶ *Tribunal constitucional, cit.*, nota 541, §§ 69, 71, 75-77 y 81-84. Véanse también del mismo tribunal: *Genie Lacayo*, fondo, 29 de enero de 1997, serie C, núm. 30, § 74; *Ivcher Bronstein*, fondo, 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, §§ 102-105; y *Trabajadores cesados del Congreso*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, § 119.

⁵⁴⁷ Véase Valdés, Clemente, *El juicio político. La impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*, México, Coyoacán, 2000, pp. 188-192.

⁵⁴⁸ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, pp. 597-601.

⁵⁴⁹ Lo anterior recuerda, inevitablemente, la anécdota del magistrado Chamillard quien —aunque por voluntad y convicción propia— resarcía al litigante del perjuicio que le había ocasionado al omitir negligentemente leer un documento determinante del expediente, “despojándose de tal suerte de toda su fortuna” y renunciando a su función judicial para “consumar su ruina” (Molierac, J., *Iniciación a la abogacía*, 4a. ed., trad. de Pablo Macedo, México, Porrúa, 1997, pp. 16-17). El ministro Góngora Pimentel comenta así el relato anterior: “Si, como la historia cuenta, cada vez que los jueces se equivocan, para hacer su estricto deber deben pagar de su bolsa los daños y perjuicios causados... después renunciar prácticamente a su trabajo... ¿habrá jueces que nunca se equivocan? Desde luego que no. Si después de un error deben renunciar a su trabajo, el poder judicial estaría

responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado.⁵⁵⁰ Finalmente, para Ferrajoli, la responsabilidad *disciplinaria* es “precisamente la que representa la forma más apropiada de responsabilidad jurídica de los jueces”,⁵⁵¹ ya que resulta más eficaz porque permite que sean los mismos integrantes del poder judicial quienes resuelvan esos procedimientos y no permitiría que la “solidaridad corporativa” abrace a los jueces sujetos a ellos, y también más “pertinente” porque no compromete la imparcialidad del juez y, en todo caso, es preferible su separación del cargo que su condena a resarcir daños civiles.

No obstante las buenas razones del tratadista italiano a favor de la última alternativa, hay que tener en cuenta que él habla de los jueces en general y enfatiza su exposición sólo para la materia penal y que, al llevar sus ideas a nuestro ámbito, hay que tener en cuenta que los tribunales constitucionales tienen un encargo de mayor trascendencia política y jurídica que el de los jueces ordinarios y, sobre todo, los de primera instancia.⁵⁵² Atentas las dificultades para imponer un rígido control sobre la actuación de los tribunales constitucionales, desde lo complicado que resulta establecer parámetros metodológicos precisos para su labor interpretativa hasta las inconveniencias antes señaladas de establecer vías de responsabilidad política y sobre todo jurídica a sus integrantes; han hecho que se postule la *absoluta inmunidad* de los jueces constitucionales por las opiniones que expresen en sus sentencias y votos,⁵⁵³ lo cual no exenta la polémica al constituir un privilegio del que no gozan otros órganos judiciales.⁵⁵⁴

A primera vista, de acuerdo con nuestros anteriores comentarios, se nota desalentador el panorama que tiene el ejercer algún tipo de “control débil” respecto de los jueces y en particular de los constitucionales; sin embargo, como también apuntamos arriba, la propia funcionalidad del ordenamiento jurídico exige su establecimiento aunque sea en un mínimo y extremo grado. Hablando específicamente de la jurisdicción constitucional, sin embargo, en un adecuado balance entre la independencia de los tribunales y la adecuada impartición de justicia —que, por supuesto, no se encuentran naturalmente en conflicto—, no creemos inconveniente la implementación, *reducida al mínimo esencialmente inexcusable*, de sistemas de responsabilidad judicial, aunque prácticamente la totalidad de sus decisiones y actuaciones escapen a tales medios de control.

Por último, Ferrajoli habla de la “responsabilidad social” de los jueces,⁵⁵⁵ que corresponde al escrutinio y crítica que se hace de las resoluciones judiciales por la opinión pública, principalmente formada por lo que se ha dado en llamar la “clientela” de la jurisdicción

siendo renovado con frecuencia, desde la Suprema Corte de Justicia, hasta los jueces de primera instancia. Los jueces somos humanos” (*Introducción al estudio del juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1997, p. XXVIII).

⁵⁵⁰ Fix-Zamudio y Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 543, p. 34.

⁵⁵¹ Aunque teóricamente puede no considerársele en relación con la responsabilidad judicial derivada de un proceso concreto, sino por una actuación jurisdiccional de carácter general o por conductas en que dicha potestad no se ve implicada; pero, por supuesto, el derecho positivo puede apartarse en mayor o menor medida de lo anterior. Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 464, p. 108.

⁵⁵² De esto último, precisamente, viene un importante obstáculo para la eficacia práctica de una responsabilidad jurídica para los jueces constitucionales; generalmente éstos tienen una elevada dignidad en el gremio jurídico, avalada muchas veces por una importante carrera judicial, académica y/o profesional, de modo que la posibilidad de que su sanción o exoneración disciplinaria pueda verse influida por el “temor reverencial” de sus colegas que hayan sido sus discípulos, aprendices o, sencillamente, les tengan sentimientos de admiración.

⁵⁵³ Véase el art. 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.

⁵⁵⁴ Véase “El CGPJ rechaza por 11 votos a 7 que se amplie la inviolabilidad de los magistrados del TC”, *ABC*, Madrid, 14 de octubre de 2005, http://www.abc.es/hemeroteca/historico-14-10-2005/Nacional/el-cgpj-rechaza-por-11-votos-a-7-que-se-amplie-la-inviolabilidad-de-los-magistrados-del-tc_611539834760.html.

⁵⁵⁵ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, pp. 601-603

constitucional: la prensa, la academia y otros grupos sociales menos definidos.⁵⁵⁶ Entre éstos la segunda tiene un papel determinante —al que corresponde igual responsabilidad—, ya que precisamente en el curso de la discusión académica se define (*a priori* y *a posteriori*) la metodología e ideología interpretativas que calificarán la corrección de la labor jurisdiccional; la academia es una comunidad de juristas (que además integra en su seno a muchos juzgadores) que establece una tradición hermenéutica que orientará la interpretación constitucional proveyéndole de las precomprensiones necesarias a ella y los criterios de razonabilidad que deba satisfacer.⁵⁵⁷

Por medio de dicha responsabilidad social, dice ese autor italiano, puede incluso subsanarse el “irreducible margen de ilegitimidad” que necesariamente rodea a la actividad jurisdiccional, mediante la publicidad y libre discusión razonada de las decisiones judiciales, aun resultando en su opinión mucho más conveniente y eficaz que los instrumentos anteriores e incluso útil para la renovación deontológica de la judicatura. Obviamente, su realización precisa de un ambiente con garantías democráticas que permitan la suficiente libertad para someter a la crítica las motivaciones de los tribunales, y además aliente la constancia de tal ejercicio.⁵⁵⁸

Es evidente la importancia mayúscula de esta “responsabilidad social” para los tribunales constitucionales, en cuanto a la legitimidad de su actuación y lograr el consenso social en la interpretación que da a la Constitución.⁵⁵⁹ Aunque no precisamente impide la actuación irregular de los tribunales constitucionales, el examen y crítica sociales a sus decisiones sería normalmente la única instancia de revisión —al menos en el orden interno— de la actuación de los tribunales constitucionales: si ellos dan la interpretación final de la ley fundamental, ninguna otra institución puede asumir esa labor —lo que en todo caso simplemente trasladaría a otros órganos y sujetos el problema de la corrección de esa función—. Así que sólo quedaría aceptar la conclusión del profesor García de Enterría:

la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, “en el Tribunal de la Historia”, en el “plebiscito diario” sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ García de Enterría, *op. cit.*, nota 14, p. 203.

⁵⁵⁷ Véase *supra*, notas 14, 75 y 153.

⁵⁵⁸ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 146, p. 547.

⁵⁵⁹ *Supra*, § I.3.

⁵⁶⁰ *Loc. cit.*, nota 556. Véase *supra*, cap. cuarto, § IV.4.

CAPÍTULO SEXTO
PANORAMA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. ASPECTOS ELEMENTALES

En esta sección y la siguiente trataremos los elementos más esenciales para definir con suficiente nitidez a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su función en el Estado y orden jurídico mexicanos, que tengan alguna importancia para el tema de la interpretación constitucional que realiza ese órgano, o bien para dar cierta perspectiva histórica para la valoración de sus funciones. No brindaremos entonces más que una visión panorámica básica y en cuanto sea indispensable para dar a nuestro estudio un marco de referencia; además de lo anterior, los límites de esta investigación no admiten una cabal exposición y crítica de las funciones de la Suprema Corte y de ciertos aspectos del derecho procesal constitucional mexicano, porque darían lugar a digresiones que nada añadirían a importantes trabajos dedicados especialmente a ellos.¹

1. *Naturaleza y ubicación orgánicas*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación forma parte del poder judicial mexicano. Parece que lo anterior es de una evidencia tal que ni siquiera ameritaría mencionarse, de no ser porque la adscripción de un órgano a alguna rama del poder estatal se hace con frecuencia tautológicamente —bajo el llamado criterio “formal” u “orgánico”²—, es decir señalando por ejemplo que es de carácter legislativo porque legisla. Entendemos en la actualidad que la tradicional “separación de poderes” ya tiene un carácter más bien funcional, no en el sentido de una “especialización plena y total” de los cometidos estatales, sino de una distribución de diversas atribuciones entre diversos órganos estatales,³ que supera el criterio formal y configura flexiblemente a los órganos estatales.⁴

En la doctrina quizá la del profesor Hesse sea, por su precisión y lucidez, una de las más claras explicaciones de la concepción actual de este principio. Por lo que ahora nos interesa, este autor señala que la división de poderes consiste en una distribución de los tres *tipos básicos* de funciones estatales (legislativa, ejecutiva y judicial) que sólo son esquemáticos y carecen de exclusividad; dichas funciones se atribuyen a órganos especiales cuya estructura y composición son idóneas para realizar cada una de ellas, aunque sin excluir la posibilidad de

¹ Prescindiremos, por lo tanto, de temas como la evolución histórica de la organización y funciones de la Suprema Corte, de las sutiles peculiaridades técnicas del juicio de amparo o la controversia constitucional, y otros.

² Sobre éstos, contrapuestos a los criterios “material” o “funcional”, véanse Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 819-820; Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla, p. 164; y Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 200-201.

³ Que ya ni siquiera tienen por qué agruparse irreflexivamente en sólo tres “ramas”, pudiendo haber algunos de carácter “autónomo” que manifiestan una “evolución de la teoría clásica de la división de poderes”. Sansores Betancourt, Juan Carlos, “Los órganos autónomos en la administración pública mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 239, 2003, p. 183; y véase también “ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 20/2007, p. 1647.

⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?” (trad. de María Bono López), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 66.

que puedan realizar otras, que igualmente por sus características le resulten adecuadas; por ejemplo: “[u]n parlamento es [...] inadecuado para despachar las detalladas tareas administrativas”, pero su inmediato carácter democrático y plural no sólo le permite legislar, también establecer si un funcionario de alta jerarquía desempeñó incorrectamente su encomienda pública.⁵

Determinar si la Suprema Corte formalmente pertenece o no al poder judicial como señala el artículo 94 constitucional,⁶ podría tener alguna relevancia para determinar su carácter de “tribunal constitucional”, ya que la idea tradicional de éste tiene como uno de sus elementos esenciales, que precisamente lo distingue de una ordinaria “corte suprema (*Cour suprême*)”, el ser ajeno al aparato jurisdiccional común.⁷ Sin embargo, su pertenencia al poder judicial, no impediría a la Suprema Corte mexicana tener la calidad de un “tribunal constitucional”, cuando uno de los más emblemáticos representantes de este género —el alemán— posee esa misma peculiaridad;⁸ en realidad, debe entenderse que al aludir ese precepto a que la Corte es uno de los órganos en los que se deposita el “ejercicio del poder judicial de la Federación”, entiende materialmente ese concepto como sinónimo de “función”,⁹ lo que contribuiría a eliminar el dilema entre “unidad jurisdiccional” y “juridización del Estado”.¹⁰

La denominación “Suprema Corte de Justicia” que se da a este órgano se ha empleado —salvo por breves intervalos en el siglo XIX— desde el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana (1823), con una clara influencia norteamericana —como muchos otros elementos de ese documento fundamental y los que le sucedieron—, por lo que no le han faltado objeciones desde entonces y aun en tiempos recientes aunque, por cierto, ya “se hizo parte de la tradición legal de México”. Precisamente quien intentó justificar su uso fue el diputado Manuel Crescencio Rejón —creador del juicio de amparo— quien arguyó que la palabra “corte” era un vocablo castellano sinónimo de “tribunal” y correspondía al que “nuestras Repúblicas hermanas” utilizaban, tomándose el complemento “Justicia” de la Constitución de Cádiz.¹¹

Por último, un aspecto que no por palmario haya de olvidarse, es que la Corte mexicana pertenece al orden *federal*, teniendo competencia para dirimir conflictos relativos a la interpretación y aplicación de la ley fundamental del Estado mexicano como unidad y totalidad política.¹²

⁵ Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 210-212.

⁶ Reiterado por el art. 1o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁷ Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, pp. 22-23.

⁸ Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 36, n. 50; y *supra*, cap. cuarto, nota 39.

⁹ Véanse “DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 151-156, tercera parte, p. 117; “PODERES DE LA FEDERACIÓN. LAS ATRIBUCIONES DE UNO RESPECTO DE LOS OTROS SE ENCUENTRAN LIMITATIVAMENTE PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES QUE A ELLA SE AJUSTAN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, septiembre de 2000, tesis P. CLVIII/2000, p. 33; y “PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 9/2006, p. 1533.

¹⁰ Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 263-265.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación, su integración y funcionamiento. Retrospectiva*, México, 1997, p. 10.

¹² Cfr. Carranco Zúñiga, Joel, *Poder judicial*, México, Porrúa, 2000, pp. 13-16.

2. *Ministros integrantes. Designación y garantías de independencia e imparcialidad*

Los once juzgadores que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación son llamados “ministros”; denominación que se reserva en el sistema constitucional mexicano para esos servidores públicos, y no está de más decir que al menos en el ambiente jurídico connota un especial prestigio a quienes se discierne ese cargo.¹³ La correcta realización de la labor que corresponde a los ministros de la Suprema Corte, se intenta a través de las garantías de independencia e imparcialidad que el orden jurídico les otorga; aunque ambas buscan finalmente que la jurisdicción realice su actividad de manera objetiva, las primeras son de carácter institucional e impiden la subordinación del poder judicial a otros, en tanto las segundas evitan que un juzgador específico mantenga un “desinterés objetivo” en los asuntos de que conoce.¹⁴

El nombramiento de los ministros de la Corte se efectúa mediante un sistema “mixto” en el que intervienen el Presidente y el Senado de la República, y de este modo su integración resulta similar a otros tribunales constitucionales, correspondiente a la búsqueda de legitimidad política de esos órganos.¹⁵ Según el artículo 96 constitucional, aquél presenta a este órgano legislativo una terna¹⁶ para que entre sus integrantes elija a uno de ellos para ocupar ese cargo judicial, lo que debe hacerse previa comparecencia de los candidatos propuestos y por el voto de una mayoría calificada de dos terceras partes, en un plazo de treinta días al término de los cuales será el ejecutivo quien haga la designación. Aunque pueden sugerirse desde diversos flancos ideológicos muchas propuestas para perfeccionar este sistema, una de sus ventajas es que requiere un consenso político, no sólo entre los órganos ejecutivo y legislativo —ambos representantes populares directos— sino también entre las diversas fracciones de este último, que de algún modo apuntala la legitimidad política de los integrantes de la Suprema Corte; al respecto puede recordarse la aplazada designación de la ministra Margarita Luna Ramos del 19 de febrero de 2004, quien en diciembre anterior no alcanzó la votación suficiente para su designación, y no fue sino hasta aquella fecha cuando hubo consenso para acordar su nombramiento entre los partidos políticos del Senado (PRI, PRD y una parte del PAN).¹⁷

Además, de este procedimiento de nombramiento compartido entre los otros dos poderes públicos, que en cierta medida diluye el débito de la designación de los ministros de la Corte, éstos gozan de otras garantías para asegurar su independencia e imparcialidad:¹⁸ 1) el periodo

¹³ Art. 94, tercer párrafo, constitucional. Cfr. Gómez Lara, *op. cit.*, nota 2, pp. 202-203.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 231-234; y Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 122-123.

¹⁵ Gómez Lara, *op. cit.*, nota 2, pp. 209-210; Marín, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 22; y *supra*, cap. cuarto, § II.2.

¹⁶ Cuyos integrantes obviamente deberán satisfacer los requisitos señalados en el artículo 95 constitucional: ciudadanía mexicana por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos; edad mínima de 35 años; título profesional de licenciado en derecho con antigüedad mínima de diez años; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por diversos delitos que ameriten pena corporal mayor a un año de prisión o que lastime “seriamente la buena fama en el concepto público”; residencia anterior mínima de dos años en el país; y no haber ocupado algún cargo público —de los señalados expresamente— durante un año previo a su nombramiento.

¹⁷ Becerril, Andrea, y Jesús Aranda, “Luna Ramos, nueva ministra de la Corte”, *La Jornada*, México, 20 de febrero de 2004, <http://www.jornada.unam.mx>; y Cortés, Nayeli, y Carlos Avilés, “Es Margarita Luna la nueva ministra”, *El Universal*, México, 20 de febrero de 2004, <http://www.eluniversal.com.mx>.

¹⁸ Véase Mena Adame, Carlos, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional*, México, Porrúa, 2003, pp. 28-30.

del encargo de los ministros de la Suprema Corte es de quince años,¹⁹ plazo durante el cual no podrán ser removidos sino mediante juicio político o mediante declaratoria de procedencia de la Cámara de Diputados;²⁰ 2) su remuneración no podrá ser disminuida durante su encargo y al vencimiento del plazo de su encargo les corresponderá un “haber por retiro”;²¹ y 3) el impedimento para desempeñar empleo o encargo, diferentes a los no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia —que aunque no es un “beneficio” para los ministros de la Corte, sí puede considerarse como un elemento que contribuye a asegurar su imparcialidad—. ²² Y por último, como indica el último párrafo del artículo 100 constitucional, se garantiza la independencia de la Suprema Corte con el hecho de que la formulación de su presupuesto y su administración interna no corresponde a un órgano extraño a ella.

La sola existencia de las anteriores garantías, desde luego, no aseguran una “neutralidad política *absoluta*” de los integrantes de la Suprema Corte ya que, aun sin pertenecer a alguna facción determinada, tendrán sus propias perspectivas políticas y jurídicas y excluirán por lo tanto a otras, y tampoco llevarán por sí solas al éxito de las funciones encargadas a ese tribunal constitucional; pero sí pueden darle un mayor o menor grado de “poder relativo” frente a otros poderes.²³ Finalmente, el ordenamiento mexicano establece en diversas disposiciones²⁴ que los ministros de la Corte están impedidos para resolver los casos que puedan tener un interés personal o se presente alguna razón que menoscabe su imparcialidad y objetividad; es evidente el fin a que ellas tienden y el tema ahora no requiere mayor desarrollo.

3. Organización en Pleno y Salas

Al igual que otros tribunales como el alemán y el español, la Suprema Corte de Justicia de la Nación funciona en Pleno o en Salas; el primero se integra por la totalidad de los ministros que conforman ese órgano jurisdiccional y, las segundas, mediante una distribución de los ministros, cinco a cada una y sin que el Presidente se integre a una de ellas.²⁵

¹⁹ Que garantiza su permanencia por un periodo que podría coincidir hasta con *cuatro* sexenios presidenciales y senatoriales y, además, pretende evitar el anquilosamiento de las concepciones constitucional y política de los integrantes de la Corte, como explicó la iniciativa presidencial correspondiente y —con referencia expresa a la sucesión generacional que ocurre cada quince años según Ortega y Gasset (*La rebelión de las masas*, 35a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 142)— ratificó el dictamen relativo de la Cámara de Senadores (véase Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. XIII, pp. 157 y 189).

²⁰ Arts. 94, párrafo noveno, 100 y 111, constitucionales.

²¹ Art. 94, octavo párrafo, constitucional.

²² Art. 101 constitucional.

²³ Cfr. Inclán Oseguera, Silvia, “De las implicaciones de la reforma judicial mexicana de 1994 y del ¿cómo estimarlas?”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, pp. 230 y 236.

²⁴ Arts. 66 de la Ley de Amparo, 39 del Código Federal de Procedimientos Civiles y 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Véanse “IMPEDIMENTOS EN JUICIO DE AMPARO. PARA DETERMINAR SUS CAUSAS DEBE ATENDERSE A LA LEY QUE LO RIGE Y NO AL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES”, Tercera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, núm. 34, octubre de 1990, tesis 3a./J. 15/88, p. 31; “IMPEDIMENTO. LAS CAUSAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, NO DEROGAN LAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE AMPARO”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis I.4o.C.20 K, p. 3179; e “IMPEDIMENTOS, RECUSACIONES O EXCUSAS. SON IMPROCEDENTES CUANDO SE PLANTEAN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis P./J. 119/2006, p. 881.

²⁵ Arts. 94, tercer párrafo, constitucional y 2o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Hasta la importante reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994, la Suprema Corte se componía de cinco salas (Primera a Cuarta y Auxiliar²⁶); a partir de ella, por la reducción en el número de ministros que implementó,²⁷ se compone sólo de las Salas Primera y Segunda, a las que tradicionalmente, según los Acuerdos Generales 1/1995²⁸ y 5/2001²⁹ del Pleno de ese tribunal, han correspondido respectivamente las materias penal y civil, y administrativa y laboral, aunque en virtud del Acuerdo General 9/2006 los amparos en materia administrativa se distribuyen entre ambas salas.³⁰

La cuestión relativa a si el Pleno y las Salas de la Suprema Corte son esencialmente distinguibles de ésta, de modo que puedan tenerse como órganos esencialmente diferentes, ha sido resuelta entendiendo a ese Alto Tribunal como un “complejo normativo al cual se imputan los actos de ciertos órganos (que por lo mismo se consideran propios)”, que se encuentran todos en una “situación de relación esencial” para la “formación de la totalidad” de la actuación de la Suprema Corte. Es decir, ésta sólo puede actuar mediante diversos órganos simples (ministros en lo individual, entre otros) o complejos (Pleno, Salas, etc.), pero cuya actuación se imputa a ella, personificándola.³¹ No obstante, siempre debe tenerse en cuenta la subordinación que las Salas tienen respecto al Pleno, mediante su obligatoria vinculación a los criterios de éste.³²

Grosso modo y por lo que nos interesa por ahora, al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación corresponde originariamente resolver de los principales asuntos relativos al control constitucional: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y la instancia definitiva de los juicios de amparo en los que se impugnen tratados internacionales y leyes en sentido estricto; en tanto que a las Salas toca resolver los juicios de amparo en que se impugnen actos materialmente legislativos diferentes a los expresados.³³ Sin embargo, la distribución de asuntos entre tales órganos no está sujeta a delimitaciones precisas e inflexibles, pues el Tribunal Pleno en virtud de su llamada “competencia originaria” puede ejercer su facultad de atracción para resolver asuntos que *prima facie* corresponderían a las Salas, como hizo en la famosa contradicción de tesis sobre el *Anatocismo*,³⁴ o bien, remitir a

²⁶ Las Salas Primera a Cuarta atendían respectivamente asuntos penales, administrativos, civiles y laborales; a la Auxiliar, aparecida en 1951, correspondía el rezago de ese tribunal. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 11, p. 41.

²⁷ Justificada mediante el argumento de que, al afianzarse la Corte como tribunal constitucional, hubiera sido excesivo el número de veintiún ministros numerarios y cinco supernumerarios que la integraban hasta entonces. *Cfr.* Carranco Zúñiga, *op. cit.*, nota 12, p. 130.

²⁸ Punto Segundo; publicado en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. I, junio de 1995, p. 583 (*Diario Oficial de la Federación*, 13 de febrero de 1995).

²⁹ Punto Segundo; en *idem*, 9a. época, t. XIV, julio de 2001, p. 1161 (*Diario Oficial de la Federación*, 29 de junio de 2001).

³⁰ Punto Quinto; publicado en *idem*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, p. 1409.

³¹ *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 1992, pp. 20-24.

³² Véase el art. 192 de la Ley de Amparo; y “JURISPRUDENCIA. DEBE MODIFICARSE LA DE UNA SALA SI EL PLENO SUSTENTA UNA TESIS CONTRARIA, AUNQUE SEA AISLADA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis 2a. XXII/2007, p. 561.

³³ Arts. 10 y 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁴ *Cfr.* arts. 107 constitucional, fracs. V en su último párrafo (amparo directo) y VIII en su penúltimo párrafo (amparo en revisión); y, 84, frac. III (amparo en revisión), y 182 (amparo directo), de la Ley de Amparo; “ATRACCIÓN. EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE PUEDE EJERCER ESA FACULTAD RESPECTO DE ASUNTOS DE LA COMPETENCIA DE OTROS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 74, p. 48; Pleno, contradicción de tesis 31/98, 7 de octubre de 1998, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VIII, octubre de 1998, pp. 6 y ss.

las Salas o a los Tribunales Colegiados de Circuito los que le correspondan originalmente mediante acuerdos que tomen sus integrantes, conforme a la reforma constitucional del 11 de junio de 1999.³⁵

De suma importancia es el Acuerdo General 6/2007³⁶ por el cual el Pleno de la Corte decidió delegar su jurisdicción originaria a las Salas de la misma para el estudio de constitucionalidad de normas generales en vía de amparo, para conservar solamente el de aquellos que revistan un “interés excepcional”. Este acuerdo formaliza la gran relevancia constitucional que han tenido las resoluciones de las Salas de ese órgano jurisdiccional, dada inicialmente a cuentagotas a través de diversos acuerdos generales; con él se asentará como regla general que la *interpretación de los derechos fundamentales* en México, principal motivo de agravio en el juicio de amparo y poco usual en otros procesos, sea responsabilidad de las Salas de este tribunal.

II. INTERPRETACIÓN DEFINITIVA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en las últimas décadas se ha perfilado paulatinamente como un tribunal cada vez más dedicado no sólo a la exclusiva atención de asuntos constitucionales, sino que de entre éstos se ha dedicado a los de mayor relevancia; para lo anterior han sido determinantes las reformas constitucionales del 10 agosto de 1987 — que entró en vigor el 15 de enero de 1988— y del 31 de diciembre 1994 y, en buena medida, también ha contribuido a ello la ya mencionada reforma de 1999. La primera tuvo como finalidad, como indica la iniciativa presidencial que le dio origen, a la especialización de ese tribunal para el control constitucional de normas generales y a que “se dedique fundamentalmente a la interpretación definitiva de la Constitución”; la segunda, como sabemos, amplió considerablemente sus competencias para extender el alcance de la controversia constitucional y crear la acción de inconstitucionalidad, entre otros aspectos notables.³⁷

En virtud de dichas modificaciones y a su situación jerárquica y orgánica conforme al diseño constitucional mexicano, la Suprema Corte es el tribunal que dentro del orden jurídico nacional³⁸ puede conocer, en última instancia, de las controversias que puedan suscitarse acerca del significado de cualquiera³⁹ de las disposiciones de la Constitución mexicana, definiendo con autoridad su sentido. Ciertamente, todo el que pretende —órgano de poder o ciudadano— aplicar las disposiciones fundamentales habrá de efectuar su interpretación, pero

³⁵ Como los Acuerdos Generales 5/2001; 6/2003 (remisión de asuntos de competencia originaria del Pleno a las Salas), 11/2005 y 14/2005 (inconstitucionalidad de leyes tributarias), 4/2006 (Impuesto sobre Tenencia y Uso de Vehículos), 7/2006 (Ley Federal de Protección al Consumidor) y 12/2007 (costo de lo vendido del Impuesto sobre la Renta). Sobre la facultad de atracción de la Corte y su similitud con el *certiorari* norteamericano, al igual que sobre la reforma constitucional de 1999, véase Cabrera Acevedo, Lucio, *Los tribunales colegiados de circuito*, México, SCJN, 2001, pp. 221-241.

³⁶ *Diario Oficial de la Federación*, 7 de marzo de 2007, 1a. sección, p. 105. Véase *infra*, nota 177.

³⁷ Entre la abundante doctrina sobre el tema, véanse *ibidem*, pp. 187-220; Fix-Zamudio, Héctor, y José Ramón Cossío Díaz, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 2003, p. 161; Ferrer MacGregor, *op. cit.*, nota 10, pp. 253-262; y Carranco Zúñiga, *op. cit.*, nota 12, pp. 102-132.

³⁸ Como veremos en la sección V.2 del siguiente capítulo, también la Corte Interamericana puede superar su interpretación constitucional, pero ello ya en el ámbito internacional.

³⁹ Véase “RECURSO DE REVISIÓN. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE AQUEL EN EL QUE SE CONTROVIERTE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN ARTÍCULO TRANSITORIO DE LA CONSTITUCIÓN”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 2a. XXXIV/2007, p. 1187.

será definitiva sólo la que hagan los tribunales con jurisdicción constitucional y en último punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴⁰

Aunque no todo litigio constitucional llegará indefectiblemente a ella, no obstante que sea de su competencia originaria,⁴¹ *la Corte continúa grosso modo siendo quien establece la “interpretación auténtica” de las normas constitucionales e insuperable para los demás tribunales mexicanos.* Ésta es obligatoria para ellos a través de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Suprema Corte,⁴² quien mantiene asimismo la posibilidad de atraer a su conocimiento cualquier asunto bajo la decisión de los tribunales de circuito, supuesto que puede realizarse por diversos motivos incluyendo la necesidad de corregir alguna interpretación constitucional que éstos hayan establecido.⁴³

Por las razones anteriores, a grandes rasgos podemos considerar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación *sí es materialmente un “tribunal constitucional”*, si pensamos éstos como órganos jurisdiccionales de última instancia, establecidos *ad hoc* en la misma ley fundamental para establecer la interpretación definitiva de sus disposiciones y tienen una competencia especializada en la materia constitucional, no obstante que mantenga atribuciones propias de un “tribunal supremo”.⁴⁴

Pero esta feliz conclusión, aparentemente obvia, ya no lo es tanto si consideramos la posibilidad de que existan cuestiones constitucionales que puedan escapar del examen de ese alto tribunal,⁴⁵ lo que mucho tiene que ver con el tema del control difuso de la constitucionalidad, cuya realización proscribió el Pleno de la Suprema Corte para todo órgano que no actúe en ejercicio de la jurisdicción constitucional.⁴⁶ Cabe la posibilidad de que el

⁴⁰ Véanse “LEYES, INTERPRETACIÓN DE”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LIX, p. 2889; y “LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. XLV, p. 2787.

⁴¹ Al respecto es notable la excepción relativa a la inconstitucionalidad de leyes locales de la que normalmente tocará conocer a los Tribunales Colegiados de Circuito, según el punto quinto, frac. I, inc. b), del Acuerdo General 5/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴² Arts. 192 de la Ley de Amparo; 42, segundo párrafo, 43 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional; y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Aunque no sin discusión, puede decirse que los criterios de la Suprema Corte que no constituyen “jurisprudencia firme”, deben tenerse como autoridad para interpretar las disposiciones constitucionales, principalmente en obsequio del principio de igualdad en la aplicación de la ley; véanse *supra*, cap. quinto, nota 427; y “SENTENCIAS DE AMPARO, FUERZA OBLIGATORIA DE LAS, AUNQUE NO SIENTEN JURISPRUDENCIA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXIX, p. 4087. Asimismo, otro tema interesante es el caso de la jurisprudencia establecida en los recursos de reclamación y queja en la controversia constitucional, el cual aún mantiene algunas zonas grises que la jurisprudencia 1a./J. 2/2004 no elimina del todo; véanse el Acuerdo General 4/1996 del Pleno de la Suprema Corte; Baltasar Robles, Germán Eduardo, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel, 2002, pp. 244-245 y 394-395; y Acuña Méndez, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 209-214.

⁴³ Art. 105, fr. III, constitucional; y *supra*, nota 34.

⁴⁴ *Cfr. supra*, cap. cuarto, § I.2; Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, nota 10, pp. 242 y 262; Mena Adame, *op. cit.*, nota 18, p. 383; Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, pp. 40-42; y Corzo Sosa, Edgar, “¿Es la Suprema Corte de Justicia de México un tribunal constitucional?”, en Natarén Nandayapa, Carlos F., y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 18-19.

⁴⁵ *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 64.

⁴⁶ “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN” y “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 159 y 160, pp. 196 y 197, respectivamente. Véase también “COMPETENCIA ECONÓMICA. LOS ARTÍCULOS 14 Y 15 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA SON INCONSTITUCIONALES, EN CUANTO PREVÉN UN MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y FACULTAN A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA PARA ANALIZAR Y DECIDIR SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD

control concreto de constitucionalidad de algunas normas generales no pueda ser ejercido por la Corte o algún otro órgano jurisdiccional, en casos en los que se impugnen actos de aplicación de las disposiciones de la Ley de Amparo, de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional —las disposiciones de esos ordenamientos pueden reclamarse abstractamente a través de la acción de inconstitucionalidad—, y de leyes en materia electoral; ya los respectivos temas son sumamente complejos, en las siguientes líneas pretenderemos sólo exponer sus aspectos esenciales sobre la materia de nuestro estudio.

Sobre las dos primeras hipótesis señaladas, bien puede sostenerse —opinión que apoyamos— que en ellas la Suprema Corte debería ejercer un control difuso a fin de no dejar algún resquicio de “impunidad constitucional al legislador ordinario”⁴⁷ y optimice el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional;⁴⁸ a lo anterior habría de sumar el impedir la indefensión de las partes implicadas en los asuntos relativos, ante la imposibilidad procesal en términos generales de que sean objeto de un proceso constitucional especial,⁴⁹ ya que precisamente se daría su aplicación en uno de ellos. Esta argumentación *pro actione* no es inédita, pues ya la ha utilizado en otras ocasiones la Suprema Corte para dar legitimación activa a los municipios en la controversia constitucional —de la que carecieron hasta la reforma de 1994—⁵⁰ y respecto de la impugnación de actos concretos, materialmente legislativos (artículos transitorios de una reforma electoral), en la acción de inconstitucionalidad.⁵¹

Respecto del último supuesto que referimos, la dificultad planteada es prácticamente imposible de sortear, puesto que la fracción II del artículo 105 de la ley fundamental indica textualmente que la acción de inconstitucionalidad es “[I]a única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución”.⁵² Lo anterior permitía que leyes electorales, inconstitucionales bajo determinadas circunstancias fácticas, no se sometían al examen de la Suprema Corte o de otro tribunal; pero la reforma electoral de 2007 incluyó que el artículo 99 constitucional dijera que, “sin perjuicio” la disposición señalada en primer

DE ACTOS DE AUTORIDADES ESTATALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis P./J. 11/2004, p. 1162.

⁴⁷ Cfr. Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 183-186.

⁴⁸ Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 69-72. Véase el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁹ Arts. 73, frs. I y II, de la Ley de Amparo y 19 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

⁵⁰ Pleno, amparo en revisión 4521/90, 7 de noviembre de 1991; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS MUNICIPIOS TIENEN LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL TREINTA Y UNO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO; Y ANTES DE LA REFORMA, POR INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE DICHO PRECEPTO, VIGENTE EN ESA ÉPOCA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 70, p. 61 (véase el con. II de su ejecutoria de procedencia); y Góngora Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 359.

⁵¹ Cfr. Pleno, acción de inconstitucionalidad 18/2003, 7 de octubre de 2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, octubre de 2003, con. IV, pp. 475 y ss. (*Diario Oficial de la Federación*, 20 de octubre de 2003, p. 72). Véase Sánchez Gil, Rubén, “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 245-248.

⁵² Véanse “LEYES ELECTORALES. LA ÚNICA VÍA PARA IMPUGNARLAS ES LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD” y “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 61 y 62, pp. 193 y 195, respectivamente.

término, pueda el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación “resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la [...] Constitución”, limitándose los efectos de su resolución al caso concreto y bajo el deber de informar a la Suprema Corte.⁵³

Otro aspecto, que más bien alude a la eficacia real de las decisiones de la Suprema Corte y a la posibilidad de que sean acatadas especialmente por el legislador ordinario. El anterior es un tema que no carece de debate en la doctrina y se relaciona con el principio de división del poder; algún sector sostiene que la “fuerza supralegal (*Super-Gesetzeskraft*)” de las resoluciones de los tribunales constitucionales, que anulan con efectos generales los actos del legislador democrático, y otra fracción —que en la actualidad tendría más adeptos— sostiene la conformidad de tales efectos con el referido principio y aún que

Cuando las decisiones [de la jurisdicción constitucional] que declaran nula una ley pudieran suprimirse (*aufheben*) a través de un nuevo acto legislativo, ya ningún sentido tendrá el control de constitucionalidad de normas generales.⁵⁴

Al respecto en el derecho procesal constitucional mexicano se ha establecido que la reiteración, en los mismos o similares términos, de un acto legislativo que previamente había sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte, habrá de considerarse un nuevo acto que amerite la realización de otra instancia procesal y la tramitación de un diverso juicio.⁵⁵

No es oportuno adentrarnos en la difícil problemática que suscita el incumplimiento de las sentencias constitucionales, y la sutileza para distinguir —sobre todo para el juicio de amparo— entre el “motivo determinante” y el “sentido de afectación” que determinan sus hipótesis específicas de incumplimiento en sentido estricto o de “repetición del acto reclamado”,⁵⁶ y tampoco ofrecer en este momento alguna solución a ella. Apuntamos solamente la importancia de que las decisiones de nuestra justicia constitucional, sobre todo las emanadas de la Suprema Corte —para su calidad de auténtica “defensora de la Constitución”—, puedan ser eficazmente cumplidas y sobre todo respetadas por el legislador y a la correlativa necesidad de establecer procedimientos que en la máxima medida *posible* garanticen que así sea.

⁵³ *Diario Oficial de la Federación*, 13 de noviembre de 2007, 1a. sección, p. 7.

⁵⁴ Cfr. Chrysogonos, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, p. 49.

⁵⁵ “LEYES, AMPARO CONTRA. CUANDO SE REFORMA UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL O SE SUSTITUYE POR UNA DE CONTENIDO SIMILAR O IGUAL, PROCEDE UN NUEVO JUICIO POR TRATARSE DE UN ACTO LEGISLATIVO DISTINTO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 313, p. 369; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA REFORMA O ADICIÓN A UNA NORMA GENERAL AUTORIZA SU IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DE ESTE MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, AUN CUANDO SE REPRODUZCA ÍNTEGRAMENTE LA DISPOSICIÓN ANTERIOR, YA QUE SE TRATA DE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, tesis P./J. 27/2004, p. 1155. Véase Pleno, recurso de queja derivado de la acción de inconstitucionalidad 37/2001 y sus acumuladas, 20 de enero de 2004, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2004, 2a. sección, con. II, pp. 44-45 (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, pp. 913 y ss).

⁵⁶ Véase Burgoa, Ignacio, “El cumplimiento de las sentencias de amparo”, *Curso de actualización de amparo*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1975, pp. 272 y ss.

III. ÁMBITO COMPETENCIAL

1. *Atribuciones jurisdiccionales*A. *Juicio de amparo*

Constituye el instrumento de control constitucional tradicional y de más arraigo en México.⁵⁷ De acuerdo con el artículo 103 constitucional, procede contra actos de autoridad que vulneren las garantías individuales de los gobernados o el sistema competencial entre la Federación y las entidades locales, ocasionándole un agravio personal y directo en sus intereses jurídicos;⁵⁸ se trata, como es ampliamente sabido, de un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales⁵⁹ y, en términos muy amplios, de todo el orden constitucional pero adherido al interés particular del quejoso.⁶⁰

De él conoce normalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación en segunda instancia a través del recurso de revisión, sea en amparo indirecto o directo, cuando el fondo del mismo trate sobre la inconstitucionalidad de normas generales.⁶¹ Debe mencionarse que también resuelve algunos aspectos del juicio de amparo, pero no de fondo, como algunos recursos de queja y la separación y consignación de autoridades que incumplieron alguna ejecutoria de garantías.⁶²

Finalmente, y ello se ve actualmente como una de las grandes desventajas del juicio de amparo,⁶³ los efectos de las resoluciones de ese proceso constitucional únicamente benefician o perjudican a la persona que lo promovió, careciendo de efectos generales, de conformidad con la fracción II del artículo 107 constitucional y 76 de la Ley de Amparo, aunque en cierto grado el mismo Pleno de la Suprema Corte intentó atemperar esta situación en la contradicción de tesis 52/2004-PL.⁶⁴

⁵⁷ “En México, tenemos la tendencia a confundir al *juicio de amparo* —proceso constitucional prioritario—, con el sistema total de defensa de la constitucionalidad”, Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996. p. 87 (cursivas en el original).

⁵⁸ “INTERÉS JURÍDICO. CUÁNDO PUEDE CALIFICARSE COMO TAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 37, primera parte, p. 25. Véanse Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003, pp. 39-49; y Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 51, pp. 259-260.

⁵⁹ Con la tradicional exclusión de actos en materia electoral, para lo cual existe el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Véanse los arts. 73, fr. VII, de la Ley de Amparo y 79 a 82 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

⁶⁰ Tena Ramírez ya había advertido que la hipótesis de invasión competencial también implica la violación de la garantía contenida en el artículo 16 constitucional (*Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 514). En general véase Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 251 y ss.

⁶¹ Al respecto téngase en cuenta si la Corte delegó su competencia en los Tribunales Colegiados de Circuito o ejerció su facultad de atracción en casos de “importancia y trascendencia”. Véanse los arts. 107, frs. VIII y IX, constitucionales; 84 de la Ley de Amparo; Acuerdo General 5/1999 del Pleno (bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo); y *supra*, notas 34 y 35.

⁶² Arts. 107, fr. XVI, constitucional; 10, frs. IV y VII, y 21, fr. IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁶³ *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 231-236; Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 50, pp. 548-549; y Burgoa, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, pp. 97-99.

⁶⁴ De la cual proceden, entre otras, las tesis referidas en *infra*, nota 203.

B. *Controversia constitucional*

Las controversias constitucionales se fundan en la fracción I del artículo 105 constitucional y de ellas conoce la Suprema Corte en Pleno y bajo ciertas condiciones en Salas.⁶⁵ En este proceso se impugnan actos en sentido estricto y normas generales —lo que incluye tratados internacionales⁶⁶—, pero se excluyen la materia electoral⁶⁷ y los actos jurisdiccionales —que no versen sobre cuestiones de límites territoriales, como se verá—.⁶⁸ Como observación marginal, es notable que la Corte haya especificado muchas de las indeterminaciones de la legislación que regula este proceso, como veremos, de modo que gran parte de las normas jurídicas que integran el procedimiento de la controversia constitucional sea de origen jurisprudencial.

Como es ampliamente sabido, más que nuevos bríos, la reforma de 1994 dio en realidad *vida efectiva* a la controversia constitucional como instrumento de solución de conflictos entre órganos de poder, al grado de que en la actualidad es un instrumento imprescindible para que la relación de los principales actores políticos del país se conduzca por sus reglas más esenciales y para la funcionalidad de la democracia mexicana.⁶⁹

Desde el primer momento de vigencia de la Constitución de 1917, las entidades federativas y sus poderes originarios han tenido legitimación para acudir a la controversia constitucional, pero antes de la reforma de 1994 este proceso se utilizó escasamente en 47 ocasiones —hay quien refiere hasta 55— en las que sólo en dos se dictó resolución de fondo, por hallarse antes una solución autocompositiva,⁷⁰ o bien porque la Corte determinó su incompetencia para resolver conflictos políticos.⁷¹ Más difícil fue la situación de los municipios a quienes el Constituyente originalmente no otorgó expresa legitimación activa en

⁶⁵ Art. 10, fr. I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENEN COMPETENCIA PARA RESOLVERLAS AUN RESPECTO DEL FONDO, CUANDO EN ELLAS INTERVENGA UN MUNICIPIO Y NO SUBSISTA PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL (INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO GENERAL PLENARIO 5/2001)”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis 2a./J. 151/2007, p. 1125.

⁶⁶ “TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XX, septiembre de 2004, tesis P./J. 84/2004, p. 1258.

⁶⁷ Art. 19, fr. II, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

⁶⁸ “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO SON LA VÍA IDÓNEA PARA COMBATIR RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, AUN CUANDO SE ALEGUEN CUESTIONES CONSTITUCIONALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 74, p. 72.

⁶⁹ *Cfr.* Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “Controversia constitucional y nueva relación de poderes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1144-1145.

⁷⁰ *Cfr.* Hernández Chong Cuy, María Amparo, y Juan José Olvera López, “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 1013; y Torres Espinosa, Eduardo, “El poder judicial en México y la nueva correlación de fuerzas entre los poderes públicos, 1994-2003”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, p. 214. Véase Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 19, t. X, p. 469.

⁷¹ *Cfr.* González Avelar, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, 2a. ed., México, UNAM, 1994, pp. 130-133 y 140-143; “CONFLICTOS ENTRE LOS PODERES DE LA FEDERACIÓN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. VIII, p. 409; y “FACULTADES DEL SENADO”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. VIII, p. 1063.

ese proceso, que intentaron sin éxito,⁷² y ante lo cual ensayaron su defensa a través del juicio de amparo,⁷³ como ya señalamos, no fue sino hasta 1991 que por interpretación jurisprudencial se les concedió el derecho a instar la controversia constitucional y, desde entonces, han sido precisamente ellos los promoventes del gran número de esos procesos — anualmente, por mucho, superior a las iniciadas entre 1917 y 1995—. ^{74 y 75}

En términos generales están legitimados en este proceso, tanto activa como pasivamente, sólo los órganos de poder originariamente establecidos en la ley fundamental —con la notable exclusión del Poder Judicial de la Federación⁷⁶—, para la defensa de sus atributos constitucionales como tales⁷⁷ y “preservar el sistema y la estructura de la Constitución”.⁷⁸ El caso de los órganos constitucionales autónomos es algo especial; aunque en un principio la Corte aplicó una interpretación estricta de la legitimación activa en la controversia constitucional, que les impidió iniciar este proceso,⁷⁹ con el tiempo flexibilizó los criterios que aplicó a su procedencia y con ello admitió la legitimación activa de dichos órganos en la controversia constitucional, para no dejarlos en indefensión, afirmando que

⁷² Cfr. Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 50, p. 357; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. IX, p. 52; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. IV, p. 729; “MUNICIPIOS”, Pleno, *idem*; y “PODER PÚBLICO”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. IV, p. 730.

⁷³ Topándose generalmente con el desechamiento de su instancia (“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. IX, p. 52; y “AYUNTAMIENTOS, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA LA INCAUTACIÓN DE SUS ARBITRIOS PARA CUBRIR GASTOS PÚBLICOS”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. LXX, p. 87). También intentaron el juicio de garantías con base en los derechos constitucionales personales de sus integrantes afectados (“DERECHOS POLÍTICOS”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. IV, p. 613; “AYUNTAMIENTOS”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. XII, p. 521; y “AYUNTAMIENTOS”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. XVI, p. 143). Véanse González Avelar, *op. cit.*, nota 71, pp. 63-87; Burgoa, *op. cit.*, nota 60, p. 338; y Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 50, pp. 347-348.

⁷⁴ *Supra*, nota 50; Carbonell, Miguel, “Los guardianes de las promesas. Poder judicial y democracia en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 28; e Inclán Oseguera, *op. cit.*, nota 23, p. 236.

⁷⁵ También se permitió a los municipios impugnar normas generales anteriores a la expedición de la ley reglamentaria de la controversia constitucional, no obstante su “previa” (y sumamente confusa) legitimación activa en ella; véanse “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. MOMENTO EN QUE INICIA EL PLAZO PARA HACERLAS VALER, CON MOTIVO DE LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES IMPUGNADAS, ANTERIOR A LA FECHA EN QUE ENTRÓ EN VIGOR LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 109, p. 89; y Pleno, controversia constitucional 325/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, agosto de 2003, pp. 1378 y ss., con. III.

⁷⁶ Véase Pleno, varios 698/2000-PL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, octubre de 2000, pp. 382 y ss., con. I.

⁷⁷ Federación, entidades federativas, Distrito Federal, poderes ejecutivo y legislativo federales, los tres poderes políticos locales y del Distrito Federal, y los municipios. Véanse “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. LXXII/98, p. 789; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y LEGITIMACIÓN PASIVA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. LXXIII/98, p. 790; y “LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. CARECEN DE ELLA LOS ÓRGANOS SUBORDINADOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 103, p. 110.

⁷⁸ Cfr. Castro, *op. cit.*, nota 57, pp. 99-100 y 105; Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, p. 19; y Acuña Méndez, *op. cit.*, nota 42, pp. 68-69 y 108. Véanse “ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XIV, p. 459; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA...”, *cit.*, nota 77.

⁷⁹ Primera Sala, recurso de reclamación 67/2005-PL (derivado de la controversia constitucional 9/2005), 20 de abril de 2005, con. VI, pp. 23 y ss.; y Segunda Sala, recurso de reclamación 163/2005-PL (derivado de la controversia constitucional 30/2005), 8 de julio de 2005, con. V, pp. 61 y ss.

el catálogo establecido en la fracción I del artículo 105 constitucional no debe entenderse como limitativo, sino meramente enunciativo, de tal manera que su aplicación no se realice en forma estrictamente literal, sino que deben favorecerse hipótesis de procedencia que, aunque no estén previstas expresamente en el texto de ese numeral, sean acordes con la finalidad manifiesta de este medio de control constitucional.⁸⁰

Sin embargo, en lo que consideramos un retroceso en esta materia por ir contra el derecho de acceso a la justicia, supuestamente apoyada en su propia “autolimitación” la Suprema Corte dijo en la controversia constitucional 11/2007 que promovió el Instituto Federal Electoral, usando una interpretación histórica del artículo 105 constitucional, que dicho instituto no posee legitimación activa en este proceso al no ser un “órgano originario” del Estado mexicano —a pesar del “simple hecho” de que lo establece la misma Constitución—, pues tales son únicamente los que “derivan del sistema federal y el principio de división de poderes”; concluyendo de tal manera que esa disposición fundamental contiene un *numerus clausus* de órganos legitimados activamente para la controversia constitucional.⁸¹

En su sentido original, a este proceso correspondía versar sólo acerca de los conflictos relativos a la distribución de competencias entre dichos órganos y, acaso, sobre la delimitación territorial entre Estados y municipios como una función del orden constitucional,⁸² pero, como lo muestra particularmente su opinión —dividida, por cierto— en el caso *Temixco*,⁸³ la Corte ha opinado en diversas ocasiones —de manera explícita, pero las más de las veces implícitamente— que las garantías individuales conformadoras de la “parte dogmática” de la ley fundamental, “se eleven a un rango superior y se consideren como garantías generales de constitucionalidad”.⁸⁴ Sobre esto último volveremos más adelante al hablar de la concepción constitucional de la Suprema Corte,⁸⁵ pero puede decirse que esta amplia extensión de la procedencia de la controversia constitucional, denota que la Corte procura evitar “una *mera construcción interpretativa* que conduciría a limitar la procedencia y examen de fondo de este

⁸⁰ Pleno, controversia constitucional 31/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de abril de 2007, 1a. sección, con. I, p. 37.

⁸¹ Pleno, recurso de reclamación 58/2007-PL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, con. V, pp. 1049 y ss.

⁸² Fix-Zamudio y Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 37, p. 140; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE LOS ACTOS PROVENIENTES DE LAS LEGISLATURAS ESTATALES TENDIENTES A DIRIMIR CONFLICTOS DE LÍMITES ENTRE MUNICIPIOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 37, p. 36. Véase el art. 73, fr. IV, constitucional.

⁸³ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 38, p. 37; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS OBJETIVOS DEL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL SON LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE SU EJERCICIO POR LAS AUTORIDADES DE LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS”, *idem*, t. I, tesis 71, p. 62; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER”, *idem*, t. I, tesis 59, p. 53.

⁸⁴ Baltasar Robles, *op. cit.*, nota 42, p. 78; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. MEDIANTE ESTA ACCIÓN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN TIENE FACULTADES PARA DIRIMIR CUESTIONES QUE IMPLIQUEN VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AUNQUE NO SE ALEGUE LA INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD O PODER QUE LA PROMUEVE”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, tesis 67, p. 66.

⁸⁵ *Infra*, cap. séptimo, § III.3.

medio de control constitucional a un reducido número de supuestos” para extender — intención no siempre constante— los alcances de la tutela de ese proceso y evitar a un nivel de “macro-justicia” en el ámbito político para el que se concibió la reforma de 1994, “la desarmonía y desajuste del orden jurídico nacional”;^{86 y 87} así que puede afirmarse que, si bien el objetivo *principal* de la controversia constitucional sea la protección del ámbito de competencias de los órganos de poder, también busca controlar la regularidad del ejercicio de sus atribuciones.⁸⁸

Sin embargo, tal ensanchamiento de la procedencia de la controversia constitucional, no llega a que en ella se analicen violaciones a normas diferentes a la de la Constitución federal o que su materia verse sobre cuestiones de simple legalidad y seguridad jurídica, a no ser que estén “vinculadas de modo fundamental” al acto reclamado y a los principios orgánicos esenciales de la ley fundamental —como la división de poderes y la independencia judicial—. ⁸⁹ Así, la Corte ha resuelto diversas controversias constitucionales en las que algún órgano de poder legitimado activamente en este proceso impugnó la irregularidad de actos contrarios a los artículos 14 y 16 de la ley fundamental,⁹⁰ tradicionalmente entendidos como derechos

⁸⁶ Cfr. “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL...”, *cit.*, nota 82 (cursivas añadidas al texto transcrito); Carbonell, *op. cit.*, nota 74, p. 26; Inclán Oseguera, *op. cit.*, nota 23, p. 223; y *supra*, nota 79. Ciertamente opinamos que la defensa del sistema competencial de la Constitución es la *finalidad primordial* de la controversia constitucional pero, como la misma Corte ha sostenido, la tutela de ese proceso no debe restringirse a ella; este tema es sumamente debatible y, en realidad, manifiesta una pugna entre teorías constitucionales divergentes; cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “Artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 982.

⁸⁷ En España se dio una ampliación similar del recurso de inconstitucionalidad promovido por Comunidades Autónomas —homólogo a la controversia constitucional iniciada por legislaturas locales contra normas generales *in abstracto*, sin mediar acto de aplicación—, que el Tribunal Constitucional primeramente sólo tuvo por procedente esa instancia “en un sentido estrictamente competencial” y posteriormente, considerando que su fin es la “depuración del ordenamiento jurídico”, tuvo una “progresiva flexibilización” al extremo de que lo amplió “a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente”. Véase STC 48/2003, F.J. 1.

⁸⁸ Véanse Pleno, controversia constitucional 5/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de septiembre de 2001, 3a. sección, con. VII, p. 33; y controversia constitucional 31/2006, *cit.*, nota 80, 1a. sección, con. I, pp. 24 y ss.

⁸⁹ “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE UN ESTADO Y UNO DE SUS MUNICIPIOS. A LA SUPREMA CORTE SÓLO COMPETE CONOCER DE LAS QUE SE PLANTEEN CON MOTIVO DE VIOLACIONES A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DEL ORDEN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 72, p. 71; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA VÍA PREVISTA EN LA LEGISLACIÓN LOCAL SÓLO DEBE AGOTARSE PARA SU PROCEDENCIA CUANDO EN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ NO SE PLANTEEN VIOLACIONES DIRECTAS E INMEDIATAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SINO QUE SU TRANSGRESIÓN SE HAGA DERIVAR DE LA VULNERACIÓN A NORMAS LOCALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 18, p. 143; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON EL ACTO O LA LEY RECLAMADOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 51, p. 47. Véase “VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 137, p. 149.

⁹⁰ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO PUEDEN ALEGAR INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE FUNDAMENTACIÓN, MOTIVACIÓN E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis P./J. 109/2005, p. 891; “RATIFICACIÓN O NO DE FUNCIONARIOS JUDICIALES LOCALES. LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE ES UN ACTO QUE TRASCIENDE LOS ÁMBITOS INTERNOS DE GOBIERNO, POR LO QUE ES EXIGIBLE QUE ESTÉ DEBIDAMENTE FUNDADA Y MOTIVADA”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 23/2006, p. 1533; “MUNICIPIO DE

públicos subjetivos públicos del gobernado,⁹¹ atento a que en este proceso —a diferencia del juicio de amparo— no se requiere un perjuicio directo sino una afectación a un interés legítimo del actor que dé origen a un “principio de agravio”,⁹² aunque en ambos se requiere que dicho agravio sea actual, no inminente ni futuro.^{93 y 94}

Por último, nos parece importante esclarecer la diferencia entre “controversias constitucionales” y los llamados “conflictos entre órganos”, que también ha usado la Suprema Corte; siendo las primeras aquellas concernientes estrictamente a la violación de los principios federal y de división de poderes entre órganos originarios de la Constitución y, las segundas, relativas sólo a diferencias de opinión sobre la interpretación de la ley o de la Constitución.⁹⁵ Esta diferencia inmediatamente lleva a recordar los conceptos alemanes de *Organstreit* (controversia, conflicto o litigio entre órganos) y la *Verfassungsstreit* (controversia, conflicto o litigio constitucional); cabe decir que, en realidad y en términos generales ambas se refieren a

TEPATITLÁN DE MORELOS, JALISCO. EL DECRETO QUE CREÓ EL MUNICIPIO DE CAPILLA DE GUADALUPE EN PARTE DEL TERRITORIO DE AQUÉL Y REFORMÓ EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY DEL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL, CONTRAVIENE LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, junio de 2006, tesis P./J. 80/200, p. 964; y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LOS AYUNTAMIENTOS DE LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE TLAXCALA DEBEN SER ESCUCHADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD QUE SE SIGAN AL RESPECTIVO PRESIDENTE MUNICIPAL, AUNQUE NO LO PREVEA LA CONSTITUCIÓN LOCAL NI LA CORRESPONDIENTE LEY DE RESPONSABILIDADES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 64, p. 64; y “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 90, p. 93.

⁹¹ Véase Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 168 y ss.

⁹² Pleno, controversia constitucional 33/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, con. VII, pp. 959 y ss.; y Pleno, controversia constitucional 24/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de febrero de 2007, 1a. sección, con. II, p. 81.

⁹³ Art. 1o. del Código Federal de Procedimientos Civiles; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVERLA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 61, p. 61; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL HECHO DE QUE EL ACTO IMPUGNADO CAREZCA DE EFECTOS VINCULATORIOS NO CONSTITUYE MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. LXIV/2007, p. 1396; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. NO PROCEDE CONTRA CONFLICTOS VIRTUALES O PREVENTIVOS”, *ibidem*, 9a. época, t. XXV, junio de 2007, tesis 2a. LI/2007, p. 902; y Pleno, controversia constitucional 84/2004, 14 de agosto de 2006, *ibidem*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, con. IV, § B.5, p. 822.

⁹⁴ La “actualidad” del acto reclamado —al menos en el juicio de amparo— ha sido erróneamente concebida por la jurisprudencia, quien entiende por “actuales” tanto a los actos que ya están ocasionando un perjuicio al quejoso como a los que “seguramente” se lo ocasionarán —, es decir inexorablemente; el tiempo futuro indica “fatalidad” y no “probabilidad”—; de este modo, origina una turbia clasificación en la que los actos verdaderamente “inminentes” —es decir “futuros fatales”, relativamente próximos o lejanos— no se consideran tales sino “actuales”, en tanto que los “inminentes” excluidos de la procedencia del control constitucional son en realidad una categoría vacía y los “futuros” son aquellos simplemente “probables”; más que esclarecedora, esta clasificación parece ser un juego de “prestilocución”. Por otra parte, aunque la ley reglamentaria de la controversia constitucional carezca de una disposición análoga al artículo 11 de la Ley de Amparo que habla de actos realmente futuros, nos parecen aplicables a aquél las ideas expuestas con antelación, ya que en mucho sigue a la vasta jurisprudencia del juicio de garantías y máxime que habría de entenderse que la Corte aludió al mismo concepto de “actualidad” en la controversia constitucional 84/2004 citada. *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 60, pp. 206-207; “AGRAVIO. PARA JUSTIFICAR LA ACCIÓN DE AMPARO DEBE SER ACTUAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 26, p. 23; “LEYES HETEROAPLICATIVAS, IMPUGNACIÓN DE LAS. ES NECESARIO QUE EL ACTO DE SU APLICACIÓN SEA ACTUAL, NO INMINENTE”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 217-228, primera parte, p. 28; “ACTOS DE APLICACIÓN INMINENTE, CUÁNDO DEBEN CONSIDERARSE, NO OBSTANTE QUE LA LEY ESTÉ EN VIGOR (LEGISLACIÓN DE BAJA CALIFORNIA)”, Pleno, *idem*, 7a. época, vol. 58, primera parte, p. 14; e “INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. DEBE SER ACTUAL”, Tercera Sala, *idem*, 8a. época, t. VIII, agosto de 1991, tesis 3a. XXXVIII/91, p. 88.

⁹⁵ Mena Adame, *op. cit.*, nota 18, p. 320; y Primera Sala, *cit.*, nota 79, con. VI, p. 30.

lo mismo, aunque la última es un concepto más bien en desuso: un conflicto entre órganos constitucionales sobre sus “derechos y obligaciones” en una determinada relación iusconstitucional que mantienen y, consecuentemente, en el derecho alemán puede decirse que una controversia derivada de la interpretación de una disposición constitucional, sea o no relativa a los referidos principios, es precisamente la “versión tradicional” de la *Organstreit* análoga a nuestra controversia constitucional.⁹⁶

Por lo tanto, ante la posibilidad de que esta diferencia se deba simplemente a diferentes puntos de vista sobre el mismo fenómeno, somos de la opinión de que nos encontraremos frente a una “controversia constitucional” y procederá el juicio previsto en la fracción I del artículo 105 de la ley suprema, cuando exista un litigio entre órganos originarios de la Constitución sobre la interpretación o aplicación directa de una norma fundamental a un caso en el que ambos tengan el interés legítimo necesario para iniciarlo o participar en él, en el cual haya de dilucidarse sus respectivos “derechos y obligaciones” constitucionales.

Finalmente, de los dos últimos párrafos de la fracción I del artículo 105 constitucional cuyas disposiciones reitera el artículo 42 de la ley reglamentaria de ese proceso, se desprende —a grandes rasgos— que las decisiones en controversias constitucionales contra normas generales, promovidas por la Federación o poderes de un mismo orden de gobierno, tendrán efectos generales si en ellas se estableció la invalidez del acto legislativo impugnado por una mayoría de ocho votos de los ministros que la resuelvan; en cualquier otro caso, la sentencia correspondiente sólo tendrá efectos relativos para las partes.⁹⁷

Como curiosidad histórica, hay que mencionar que el artículo 15 de la Ley Federal de Competencia Económica —derogado por publicación del 28 de junio de 2006, dada la resolución de la Corte que declaró su inconstitucionalidad⁹⁸— autorizaba a la comisión del ramo a declarar inválidos los actos de las entidades federativas contrarios a la fracción V del artículo 117 constitucional. La resolución correspondiente podía impugnarse ante la Suprema Corte quien estableció que la vía idónea para ello era la controversia constitucional.⁹⁹

⁹⁶ *Supra*, cap. cuarto, notas 196-198.

⁹⁷ Véanse “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LOS EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, DEPENDEN DE LA CATEGORÍA DE LAS PARTES ACTORA Y DEMANDADA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 107, p. 88; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO ES PROMOVIDA POR UN MUNICIPIO, LA SENTENCIA QUE DECLARA LA INVALIDEZ DE UNA NORMA GENERAL ESTATAL, SÓLO TENDRÁ EFECTOS PARA LAS PARTES”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 31, p. 31; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES IMPUGNADAS POR UNA DELEGACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL TIENE EFECTOS RELATIVOS A LAS PARTES EN LA CONTROVERSIA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis P./J. 64/2003, p. 756; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES EN QUE SE IMPUGNAN DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN EN UN ÁMBITO ESPACIAL DE VALIDEZ MAYOR DEL QUE CORRESPONDE A LA ENTIDAD ACTORA. SI NO SE ALCANZA LA VOTACIÓN DE OCHO VOTOS, CUANDO MENOS, A FAVOR DE LA INVALIDEZ, PROCEDE SU DESESTIMACIÓN”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XX, noviembre de 2004, tesis P. LXII/2004, p. 1610; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN ESTA VÍA CUANDO LA FEDERACIÓN HAYA IMPUGNADO UNA NORMA GENERAL DEL DISTRITO FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, tesis P./J. 76/2006, p. 823.

⁹⁸ *Cfr. supra*, nota 46.

⁹⁹ “COMPETENCIA ECONÓMICA. EL MEDIO DE CONTROL CUYA PROCEDENCIA SE REITERA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, CONSTITUYE UNA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL DE LAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 37, p. 39. Véase “COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL, PUES EMITE RESOLUCIONES CON PLENA AUTONOMÍA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis P./J. 10/2004, p. 1056.

C. Acción de inconstitucionalidad

La reforma judicial de 1994 introdujo la acción de inconstitucionalidad cuyos perfiles, a lo largo de sus casi quince años de existencia en México, han pasado de ser aparentemente simples a adoptar una gran complejidad.

El objeto de esta vía es controlar la regularidad constitucional de las normas generales limitativamente relacionadas en la fracción II del artículo 105 constitucional: tratados internacionales y leyes *stricto sensu*,¹⁰⁰ que produzcan un conflicto actual por haber sido ya publicadas y ser de inexorable vigencia.¹⁰¹ Se trata de un medio de control abstracto de la constitucionalidad de tales actos, es decir que no se refiere a la incidencia de la norma a un caso concreto, que puede ser instado sólo por determinados sujetos legitimados en la mencionada fracción constitucional: el 33% de los integrantes de la legislatura que emitió la norma impugnada, el Procurador General de la República, los partidos políticos —únicamente tratándose de leyes electorales— y las Comisiones Nacional y locales de Derechos Humanos —sólo de aquéllas que vulneren derechos fundamentales—. ¹⁰² Su alcance es materialmente universal ya que a su través *prima facie* puede impugnarse la violación de cualquier norma constitucional, sin importar si pertenece a la parte dogmática u orgánica de la ley fundamental o bien violaciones a normas ordinarias o locales pero siempre que estén, como en la controversia constitucional, “vinculadas de un modo fundamental” a la ley impugnada.¹⁰³

Hay autores que —siquiera con algo de timidez— la conciben como un verdadero proceso tendiente a dirimir una controversia o litigio entre sus promoventes y los órganos legislativos responsables de la norma impugnada como “demandados” —que no los llama así la fracción II del artículo 61 de la ley reglamentaria, pero que sí tiene por “demanda” a la instancia correspondiente—;¹⁰⁴ otros autores sostienen la posición, a la que se afilia la Suprema

¹⁰⁰ Cfr. Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, p. 136; “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 17, p. 18; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES Y NO CONTRA SUS ACTOS DE APLICACIÓN EMITIDOS POR LAS AUTORIDADES ELECTORALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 18, p. 20.

¹⁰¹ “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO PROCEDE CONTRA UN DECRETO QUE ABROGA UN PROYECTO DE LEY QUE, AUNQUE FUE APROBADO POR EL CONGRESO LOCAL, NO SE PUBLICÓ EN EL PERIÓDICO OFICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P./J. 103/2006, p. 1563. La más importante cuestión sobre la procedencia de este medio de control quizá sea hoy el caso de las omisiones legislativas; sobre el tema es importante el debate entre los ministros Góngora Pimentel y Azuela Güitrón, dentro de sus votos particulares en el caso *Ley de Medios* (acción de inconstitucionalidad 26/2006), en relación con la omisión del legislador de regular los derechos de los pueblos y comunidades indígenas para adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en las reformas a las Leyes de Radio y Televisión y de Telecomunicaciones.

¹⁰² Véase “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. QUIÉNES SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA ATENDIENDO AL ÁMBITO DE LA NORMA IMPUGNADA”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 7/2007, p. 1513.

¹⁰³ “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVERLA PUEDEN PLANTEAR LA CONTRADICCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES FRENTE A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, YA SEA EN RELACIÓN CON SU PARTE DOGMÁTICA U ORGÁNICA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 13, p. 16; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON LA LEY RECLAMADA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 9, p. 11. Véase *supra*, nota 89.

¹⁰⁴ Cfr. Castro, *op. cit.*, nota 57, pp. 196-197; y Baltasar Robles, *op. cit.*, nota 42, p. 365.

Corte,¹⁰⁵ de que se trata en realidad de un simple procedimiento¹⁰⁶ iniciado por la “denuncia” de la inconstitucionalidad de la norma general sobre la cual recae, sin necesidad de agravio alguno, en el cual “no existe contención por tratarse de un medio de control abstracto” y tampoco interés particular de los promoventes porque “se ejerce, fundamentalmente, en interés de la constitucionalidad, esto es, en aras del principio de supremacía constitucional”.¹⁰⁷

Sabido es que la última es la tendencia más difundida y se puede tener como la “ortodoxa” en el tema; tomemos como referencia al control abstracto de constitucionalidad de Alemania. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de ese país afirman que no se trata de un “procedimiento contradictorio” en el que vaya en juego el interés propio del “solicitante (*Antragsteller*)” y tampoco existe en él un “opositor (*Antragsgegner*)”; aquél simplemente “plantea al tribunal la cuestión iusconstitucional (*Rechts- bzw. Verfassungsfrage*) de si una norma general es conforme a la Constitución”.¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional Federal opinó en el sentido de que

En el procedimiento de control de normas (*Normenkontrolle*), en cambio, hay ciertamente un sujeto legitimado para formular una petición (*Antragsberechtigt*) pero ninguno puede haber para formular una pretensión (*Anspruchberechtigt*), ya que este procedimiento es en su esencia objetivo e independiente de habilitaciones subjetivas, para la protección de la Constitución, y solamente sirve al examen de las normas jurídicas bajo el criterio de la Ley Fundamental, pero no para la tutela de la situación jurídica (*Rechtsstellung*) del solicitante. La facultad de un tercio de los miembros del Parlamento Federal (*Bundestag*) [...] para poner en marcha este procedimiento no es una “pretensión”...

.....
 ...objeto del procedimiento de control de normas no es la petición sino la cuestión sobre la conformidad del derecho federal o local con la Ley Fundamental. [...] para la configuración y tramitación del procedimiento no son determinantes las peticiones y sugerencias (*Anregung*) del solicitante, sino exclusivamente puntos de vista de interés público.¹⁰⁹

¹⁰⁵ “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS PARTES LEGITIMADAS PARA PROMOVELA SÓLO ESTÁN FACULTADAS PARA DENUNCIAR LA POSIBLE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMA GENERAL Y LA PROPIA CONSTITUCIÓN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 11, p. 13; “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 75, p. 73; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS DIPUTADOS QUE CONFORMEN EL TREINTA Y TRES POR CIENTO DE LA INTEGRACIÓN DE UNA LEGISLATURA ESTATAL TIENEN LEGITIMACIÓN PARA PROMOVELA, AUN CUANDO NO HUBIERAN VOTADO EN CONTRA DE LA NORMA GENERAL IMPUGNADA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 14, p. 16; Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2003, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de octubre de 2003, con. IV, pp. 89-91.

¹⁰⁶ “Proceso” y “procedimiento” se distinguen por la finalidad heterocompositiva del primero que implica la existencia de un “litigio” que debe resolver definitivamente un órgano jurisdiccional. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 115-116; Gómez Lara, *op. cit.*, nota 2, pp. 290-291; y Montero Aroca *et al.*, *op. cit.*, nota 14, pp. 294-295.

¹⁰⁷ Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, enero de 2003, con. VIII, pp. 1147 y ss; Pleno, acción de inconstitucionalidad 2/2004, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de abril de 2004, 2a. sección, con. V, pp. 81-82; Pleno, acción de inconstitucionalidad 45/2006 y acum., *idem*, 15 de febrero de 2007, 1a. sección, con. VIII, p. 116; y Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, pp. 81-83.

¹⁰⁸ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001, p. 87; y Fleury, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 6a. ed., Múnich/Unterschleißheim, Luchterhand, 2004, p. 25.

¹⁰⁹ BVerfGE 1, 396 (407 y 414).

Está fuera de discusión que en la acción de inconstitucionalidad, en general o para el ámbito mexicano, sus “incoantes” no hacen valer una pretensión relativa a un interés directo y atinente a su propia esfera jurídica —salvo, quizá, los partidos políticos—; de modo que si usáramos un concepto restringido de “litigio” como materia del proceso, limitándolo a aquellos que consisten en la contradicción entre una pretensión y una resistencia, atinentes a la esfera jurídica propia de las partes, no cabría duda de que la acción de inconstitucionalidad quedaría fuera de él. En cambio, empleando un concepto más amplio de “litigio” y por ende de proceso, que extienda la “pretensión” a cualquier petición formulada a un órgano tribunal a la que sea inmediata la resistencia de otra parte, sí podríamos considerar que ese medio de control tiene calidad procesal.¹¹⁰

Lo que explica que la legitimación para iniciar ese proceso se dé a un número limitado de sujetos, es la posición que éstos guardan y de la cual se desprende un interés jurídico en el más amplio sentido para iniciarla,¹¹¹ más calificado que el simple interés de cualquier integrante de la sociedad en la preservación del orden constitucional, y relativo a sus funciones jurídicas y políticas. Por este “interés legítimo”¹¹² se explican las limitaciones materiales que tiene su legitimación “activa” como en el caso de las minorías parlamentarias,¹¹³ las Comisiones de Derechos Humanos y los partidos políticos locales;¹¹⁴ reconocemos, sin embargo, que es más complicado el caso del Procurador General de la República para quien “[n]o hay, pues, ley, ni tratado internacional que no puedan ser impugnados” y tiene la legitimación más amplia de todas,¹¹⁵ pero que sin duda se debe a su tradicional caracterización como “abogado de la nación”. Al cabo todo proceso constitucional que tuviera una legitimación más o menos cerrada —no una “acción popular” como la colombiana—, está ligada con un interés determinado y de alguna manera jurídicamente tutelado y así sea de modo “secundario y limitado” sirve a la defensa del orden constitucional, teniendo una “doble finalidad inescindible” aunque en cada caso prevalezca un aspecto más que el otros o tengan grados de relevancia diferentes.^{116 y 117}

¹¹⁰ Véase *supra*, cap. primero, § V.2.

¹¹¹ Véase *supra*, nota 58.

¹¹² Siguiendo la línea ortodoxa sobre la acción de inconstitucionalidad, habría que concluir forzosamente que la controversia constitucional promovida en defensa de la “persona humana”, verbigracia contra una ley federal que viole un derecho fundamental, con base en el interés legítimo del órgano de poder promovente; no sería un proceso sino un procedimiento. *Cfr. supra*, nota 83; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERÉS LEGÍTIMO...”, *cit.*, nota 93.

¹¹³ Que por ella adquieren “una nueva fuerza frente a los *intereses políticos que les son contrarios*” y neutralizan el “mayoriteo” legislativo. Hernández Chong Cuy y Olvera López, *op. cit.*, nota 70, pp. 1029-1030 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹¹⁴ Las minorías parlamentarias pueden impugnar sólo aquellos actos de la legislatura de la que formen parte —y respecto de tratados internacionales sólo el Senado tiene esa legitimación, no los diputados—; el ombudsman sólo puede impugnar normas generales que “vulneren los derechos humanos consagrados en [la] Constitución” y además, si es local, que haya emitido su correspondiente órgano legislativo estatal; igualmente; los partidos políticos únicamente pueden promover la acción de inconstitucionalidad contra leyes en materia electoral —en las que claramente tienen interés— y, si sólo tienen registro local, que haya emitido la legislatura de la entidad federativa en la que tengan registro.

¹¹⁵ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, p. 119; y Castro, *op. cit.*, nota 57, pp. 204-208. Véase “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 7, p. 11.

¹¹⁶ *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 60, pp. 112 y 139; Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 60, pp. 491-492, 508, 513 519-520; Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, La Europea, 1902 (fácsimilar), p. 48; “AMPARO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*,

En principio, la materia electoral se excluía —fielmente a la tradición mexicana¹¹⁸— de la acción de inconstitucionalidad; la reforma electoral de 22 de agosto de 1996, que además creó todo un sistema de medios de impugnación en esa materia, fue la que permitió que la acción de inconstitucionalidad sea la “única vía” para impugnar normas generales,¹¹⁹ para la cual se prevé en su ley reglamentaria un procedimiento sumario siempre que se trate de esa materia.¹²⁰ La extensión del concepto “materia electoral” que usa la fracción II del artículo 105 constitucional, como condición indispensable para que los partidos políticos inicien la acción de inconstitucionalidad, es otro punto delicado no sólo por determinar los alcances de la legitimación de esas personas jurídicas, sino porque la tutela protectora que ofrece para ellas en la acción de inconstitucionalidad es *inversamente proporcional* al que tendrían en este ámbito el juicio de amparo y la controversia constitucional: mientras más amplia sea la “materia electoral”, mayor será la protección constitucional que se alcance para ella en aquélla pero menor en los últimos procesos.¹²¹

En una primera etapa, la Corte interpretó ese concepto en términos restringidos para incluir sólo a las normas que “establecen el régimen conforme al cual se logra la selección o nombramiento, a través del voto [...], de las personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo”,¹²² pero luego de la mencionada reforma electoral, en 1999, amplió ese concepto y dio una legitimidad más amplia a los partidos políticos para iniciar la acción de inconstitucionalidad, al incluir en la “materia electoral” también a normas que “regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra”.¹²³ Además, la Suprema Corte acuñó con el voto de siete ministros la cuestionable opinión de que la acción de

5a. época, t. XXXVIII, p. 2467; y “SENTENCIAS DE AMPARO, ALCANCE LEGAL DE LAS”, Segunda Sala, *idem*, 7a. época, vols. 121-126, tercera parte, p. 70.

¹¹⁷ Nuestra postura sobre la naturaleza procesal de la acción de inconstitucionalidad coincide fundamentalmente con la de César Astudillo, para quien ella es un “proceso de contenido objetivo” que no tiene por objeto resolver sobre el *status* de las personas sino el de las normas; que rompe el tradicional esquema trilateral del proceso y elimina el carácter de “partes” (en sentido estrictamente técnico) de quienes intervienen en él —propio de los procesos de “contenido subjetivo”—; y en el que se otorga legitimación “activa”, o más propiamente: “iniciativa procesal”, “a determinados órganos estatales [así como a las minorías parlamentarias y los partidos políticos] a los que se reconoce la facultad de velar por el interés general”; véase “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en Astudillo, César, y Miguel Carbonell (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 14-21.

¹¹⁸ Véase Castro, *op. cit.*, nota 57, pp. 246-262.

¹¹⁹ *Supra*, nota 52.

¹²⁰ Véase “ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIARLAS CUANDO SE IMPUGNEN NORMAS GENERALES QUE CONTENGAN DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA ELECTORAL Y OTRAS DE NATURALEZA DISTINTA, Y AMBOS ASPECTOS HAYAN SIDO COMBATIDOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 23, p. 24.

¹²¹ *Cfr. supra*, notas 59 y 67; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DEL ACUERDO QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL CONSEJO GENERAL DEL INSTITUTO FEDERAL ELECTORAL, POR TRATARSE DE UN ACTO EN MATERIA ELECTORAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, tesis P./J. 49/2005, p. 1019.

¹²² “MATERIA ELECTORAL. CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. II, diciembre de 1995, tesis P. CXXVI/95, p. 237.

¹²³ “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. MATERIA ELECTORAL PARA LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 13, p. 15.

inconstitucionalidad es improcedente contra leyes electorales que norman la elección de servidores públicos diferentes a los órganos constitucionales originarios.¹²⁴

El 14 de septiembre de 2006 se publicó en México una adición constitucional que otorgó legitimación a los organismos públicos de protección de los derechos humanos, para instar la acción de inconstitucionalidad contra normas generales que “vulneren los derechos humanos consagrados en [la] Constitución”. La gran pregunta que esta modificación plantea en relación con el tema de la interpretación constitucional, todavía no respondida por la Corte,¹²⁵ se refiere al alcance de dicha legitimación en tres sentidos: si se permite a dichos organismos impugnar leyes exclusiva y estrictamente relativas a los “derechos humanos” y no a aquellas violatorias de principios como el federal o la división de poderes; si se incluyen también derechos fundamentales político-electorales¹²⁶ u otros “menos relevantes” como los procesales o los de los contribuyentes, y aquellos en materia política y electoral; y si también pueden impugnarse leyes contrarias a tratados internacionales.¹²⁷

Finalmente, para que se declare la invalidez de una norma general en la acción de inconstitucionalidad se requiere una mayoría calificada de ocho ministros que vote en el sentido de estimarla y, al igual que en la controversia constitucional cuyas disposiciones son generalmente supletorias a aquella,¹²⁸ esa declaración puede extenderse a normas derivadas.¹²⁹ Los efectos de dicha declaración de invalidez siempre serán generales y anularán la norma impugnada; aunque las disposiciones que regulan este aspecto no lo dicen expresamente, ello puede derivarse de la misma naturaleza de este procedimiento pues, al no defender sus promoventes algún interés directo y personal en él, ningún sentido tendría la sentencia estimatoria que se dicte en él si no tuviera consecuencias *erga omnes*, ya que ningún beneficio daría a la esfera jurídica exclusiva de los solicitantes; por lo tanto, es “necesario” llegar a dicha conclusión como hizo la jurisprudencia.¹³⁰

Puede darse, por otra parte, un efecto algo extraño a las sentencias estimatorias de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral: que se resuelva que la ley impugnada no se aplique en una contienda determinada pero sí en las siguientes, sin que se declare su

¹²⁴ “NORMAS GENERALES EN MATERIA ELECTORAL. PARA QUE PUEDAN CONSIDERARSE CON TAL CARÁCTER E IMPUGNARSE A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, DEBEN REGULAR ASPECTOS RELATIVOS A LOS PROCESOS ELECTORALES PREVISTOS DIRECTAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, tesis P. XVI/2005, p. 905.

¹²⁵ La acción de inconstitucionalidad 37/2006, instada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, fue la primera bajo la vigencia de la legitimación activa otorgada a esos organismos.

¹²⁶ Lo que la Suprema Corte parece no tomar aún en cuenta, a pesar de considerar también como “fundamentales” a los derechos de participación política. Véanse “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL. ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, ADEMÁS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS, LOS ENTES MENCIONADOS EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 9/2007, p. 1489; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acums., *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 2006, 2a. sección, con. XV, pp. 40-41.

¹²⁷ Para estos temas véase Sánchez Gil, Rubén, “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, en Astudillo, César, y Miguel Carbonell (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 151-155; e *infra*, cap. séptimo, § III.4.

¹²⁸ Art. 59 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional.

¹²⁹ Arts. 105, fr. II, último párrafo, constitucional; y 41, 72 y 73 de su ley reglamentaria; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE UNA NORMA GENERAL A OTRAS QUE, AUNQUE NO HAYAN SIDO IMPUGNADAS, SEAN DEPENDIENTES DE AQUÉLLA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 32/2006, p. 1169.

¹³⁰ Brage Camazano, *op. cit.*, nota 8, pp. 225-226; y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES...”, *cit.*, nota 105.

inconstitucionalidad en el sentido de que sus normas pugnan sustancialmente con lo establecido en la ley fundamental. Esta hipótesis resulta, a juicio de la Corte quien señala tener “por mayoría de razón” la facultad de darle esa dirección a su resolución, del mandato de la misma fracción II del artículo 105 constitucional para publicar las leyes electorales con noventa días de anticipación al inicio del proceso electoral y su prohibición de efectuar durante su transcurso “modificaciones legales fundamentales”.¹³¹

D. *Apelación extraordinaria y otros procedimientos*

Al lado de los anteriores procesos en los que ejerce su jurisdicción constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene atribuciones muy similares —y en ocasiones idénticas— a las que corresponden a tribunales ordinarios pero que tocan a ella en virtud de la categoría los sujetos interesados, teniendo también ese órgano una jurisdicción de este tipo.¹³² Dichos procedimientos son: 1) la apelación extraordinaria o por atracción; 2) los juicios en materia de coordinación fiscal; 3) la revisión administrativa contra la aplicación de acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal; 4) los conflictos laborales relativos al personal de la Suprema Corte y los relativos a contratos u obligaciones entre particulares o dependencias públicas con la Suprema Corte o con el Consejo de la Judicatura Federal; 5) conflictos competenciales entre órganos jurisdiccionales; y 6) las controversias dentro del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de los artículos 94, 97, 100 y 101 constitucionales.

Aparte de lo ya mencionado, la reforma constitucional de 1994 adicionó una fracción III al artículo 105 constitucional para facultar a las Salas de la Suprema Corte para conocer de los recursos de apelación contra sentencias y otras resoluciones con “carácter terminal”,¹³³ dictadas por los jueces de distrito en procesos en que la Federación sea parte¹³⁴ y que “por su interés y trascendencia así lo ameriten”, oficiosamente o a petición del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, mediante el ejercicio de la facultad de atracción correspondiente.¹³⁵ Aunque no existe una ley especial para el ejercicio de la facultad de atracción a que nos referimos —lo que lamentó don Juventino Castro¹³⁶—, los artículos 141 a 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación contienen disposiciones propias para él y, además, existen suficientes precedentes que

¹³¹ “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. AL ESTAR FACULTADA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN V, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA DECLARAR LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE LAS DISPOSICIONES O ACTOS COMBATIDOS, TAMBIÉN PUEDE DECLARAR SU INAPLICABILIDAD TEMPORAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 1, p. 5.

¹³² *Cfr.* Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 820-825.

¹³³ “FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NATURALEZA DE LAS RESOLUCIONES QUE CONSTITUYEN LA MATERIA DEL RECURSO DE APELACIÓN, CUYO CONOCIMIENTO PUEDE ATRAER LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EJERCICIO DE AQUÉLLA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis 1a. LXXXIII/2003, p. 81.

¹³⁴ Véase “FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. INTERVENCIÓN DE LA FEDERACIÓN COMO ‘PARTE’ EN LOS PROCESOS A QUE SE REFIERE EL MENCIONADO PRECEPTO CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis 1a. LXXX/2003, p. 79.

¹³⁵ Véase “FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA SU EJERCICIO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis 1a. LXXXII/2003, p. 82.

¹³⁶ *Cfr. op. cit.*, nota 57, p. 376.

auxiliarían en su tramitación.¹³⁷ Pero, en todo caso y esto es lo que distingue al procedimiento que analizamos, el “interés” que la Federación debe mantener en esta clase de asuntos debe ser de “rango constitucional”,¹³⁸ lo que torna algo enigmática a su hipótesis de procedencia.

Es competencia del Tribunal Pleno de la Corte resolver los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal contra los Estados, y de cumplimiento de los convenios de coordinación fiscal, previstos en el artículo 12 de la Ley de Coordinación Fiscal. Estos procesos fueron inicialmente confundidos por la Suprema Corte con una controversia constitucional, debido a los términos de esa disposición legal¹³⁹ y a que el tema era más bien tangencial¹⁴⁰ pero, con una posterior reflexión, la Corte cambió de opinión y sostuvo que dichos procesos no tienen por objeto más que decidir la legalidad de la actuación de las autoridades demandadas, sin posibilidad de alegar en ellos cuestiones de inconstitucionalidad, y que en ellos simplemente se seguirá, “en lo aplicable”, el mero procedimiento de ese juicio constitucional.¹⁴¹

Igualmente corresponde al Pleno de la Suprema Corte,¹⁴² por lo dispuesto en el párrafo noveno del artículo 100 constitucional, conocer de la revisión administrativa contra acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal, o mejor dicho contra sus actos de aplicación,¹⁴³ relativos al nombramiento, adscripción o remoción de magistrados o jueces federales; en este procedimiento la Corte tiene facultades para realizar en general un “análisis completo y minucioso” de los aspectos de legalidad del acto respectivo y, en particular, examinar si se respetó la garantía de audiencia del recurrente,¹⁴⁴ aunque ciñéndose estrictamente a los agravios formulados por éste.¹⁴⁵ Aunque admitimos que más bien se trata de un acto administrativo, similar a la resolución de un recurso de esa índole, también hay que recordar

¹³⁷ Véase “FACULTAD DE ATRACCIÓN. REQUISITOS PARA SU EJERCICIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis 1a. CLXXXIII/2004, p. 418.

¹³⁸ “FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU NATURALEZA JURÍDICA” Y “FACULTAD DE ATRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU EJERCICIO ES POTESTATIVO POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis 1a. LXXIX/2003 y 1a. LXXXIV/2003, pp. 83 y 82, respectivamente; y *supra*, nota 134.

¹³⁹ Que establecen la posibilidad de “ocurrir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al artículo 105 de la Constitución [...] y de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal” (cursivas añadidas).

¹⁴⁰ *Supra*, nota 99.

¹⁴¹ “COORDINACIÓN FISCAL. LOS JUICIOS QUE PREVÉN LOS ARTÍCULOS 11-A Y 12 DE LA LEY RELATIVA Y 10, FRACCIÓN X, DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TIENEN CARACTERÍSTICAS PROPIAS QUE LOS DIFERENCIAN DE LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES QUE REGULA LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 25, p. 148.

¹⁴² “REVISIÓN ADMINISTRATIVA CONTRA ACUERDOS DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. EL ANÁLISIS DE LA PROCEDENCIA DE ESE RECURSO DEBE REALIZARLO EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. IV, septiembre de 1996, tesis P. CX/96, p. 17.

¹⁴³ “REVISIÓN ADMINISTRATIVA. LOS ACUERDOS QUE EMITE EL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL PARA EL ADECUADO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, NO SON IMPUGNABLES DE MANERA AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE A TRAVÉS DE TAL RECURSO Y SÓLO SERÁ POSIBLE IMPUGNAR SU APLICACIÓN CON MOTIVO DEL NOMBRAMIENTO, ADSCRIPCIÓN, CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN O REMOCIÓN DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO O JUECES DE DISTRITO”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXXIII/2000, p. 36.

¹⁴⁴ “REVISIÓN ADMINISTRATIVA, RECURSO CONTRA RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. ALCANCE DE LAS ATRIBUCIONES DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL RESOLVERLO”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. III, marzo de 1996, tesis P. XXI/96, p. 468.

¹⁴⁵ “REVISIÓN ADMINISTRATIVA. NO PROCEDE SUPLIR LA DEFICIENCIA DE LOS AGRAVIOS PLANTEADOS EN ESE RECURSO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 139, p. 155.

que a diferencia de lo que acontece en ésta la Suprema Corte no es superior jerárquico de ese Consejo, lo que hace de este procedimiento una figura *sui generis*.¹⁴⁶

Asimismo, la Suprema Corte resuelve sobre los conflictos suscitados dentro del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de los artículos 94, 97, 100 y 101 constitucionales;¹⁴⁷ los laborales relativos al personal de la Suprema Corte o los que se susciten entre ella o el Consejo de la Judicatura Federal con particulares o dependencias públicas,¹⁴⁸ y los competenciales entre diversos órganos jurisdiccionales.¹⁴⁹ Salvo la primera hipótesis mencionada, en todos ellos se trata primordialmente del ejercicio de la jurisdicción ordinaria de ese tribunal.

La gran cuestión sobre estos procedimientos ordinarios es si en ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede llevar a cabo alguna clase de control de constitucionalidad, el cual sería en todo caso uno por vía de excepción dado que no tienen ese objeto y, corroborando lo anterior, la misma Corte ha establecido que tienden exclusivamente a un control de mera legalidad —aunque en la apelación por atracción se haga valer un “interés constitucional” y en la revisión administrativa se haga valer la garantía de audiencia— o bien en general se refieren a cuestiones de interpretación y aplicación de las leyes ordinarias.¹⁵⁰ Puesto que no procede algún medio de impugnación —al menos en el orden doméstico— contra las resoluciones definitivas de la Corte,¹⁵¹ podría sostenerse que conforme al artículo 17 constitucional y ya sea que lo realice de manera officiosa o a instancia de parte —discusión que puede posponerse—, *dicho tribunal constitucional tiene el deber de revisar los vicios de inconstitucionalidad que presente el caso*, a través de un necesario control difuso que impida la indefensión de las partes a su respecto;¹⁵² este ejercicio, desde luego, proporcionaría una oportunidad más a ese órgano para definir la interpretación de las disposiciones constitucionales relevantes en asuntos de las clases mencionadas.

2. Atribuciones no jurisdiccionales

A. Facultad de investigación

Hasta la Constitución de 1917 esta atribución no contó con un precedente legislativo, aunque puede señalarse como su antecedente histórico la investigación ordenada por la

¹⁴⁶ Véase García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 511-512.

¹⁴⁷ Art. 11, fr. IX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Véase también “COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EN PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LA TIENE PARA DIRIMIR CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE LAS SALAS RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE ACUERDOS GENERALES PLENARIOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P. XXI/2007, p. 9.

¹⁴⁸ Arts. 10, fr. IX, y 11 fr. XX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹⁴⁹ Art. 21, fr. VII, *idem*. Véase “CONFLICTO COMPETENCIAL ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. CUANDO SE INVOLUCRAN MATERIAS QUE CORRESPONDEN A LAS DOS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ES COMPETENTE PARA RESOLVERLO AQUELLA CUYA ESPECIALIDAD COINCIDE CON LA DEL ÓRGANO QUE PREVINO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, marzo de 2005, tesis 2a./J. 17/2005, p. 230.

¹⁵⁰ “FACULTAD DE ATRACCIÓN [...] NATURALEZA JURÍDICA”, *cit.*, nota 138; y *supra*, notas 141 y 144.

¹⁵¹ Fr. I de los arts. 73 de la Ley de Amparo y 19 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional. *Cfr.* “SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. SUS FALLOS SON INATACABLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, diciembre de 2002, tesis 2a. CLXXIV/2002, p. 291; y “SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, SUS EJECUTORIAS SON INATACABLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXXVI, p. 1385.

¹⁵² *Supra*, notas 47-49.

Suprema Corte sobre los fusilamientos veracruzanos de 1879 —relacionados con el legendario telegrama porfiriano de “mátalos en caliente”—.¹⁵³

El segundo párrafo del artículo 97 constitucional faculta al Pleno¹⁵⁴ de la Corte para indagar sobre hechos que constituyan “una grave violación de alguna garantía individual”,¹⁵⁵ debiendo entregar “oportunamente” el resultado de dicha investigación a los “órganos competentes”,¹⁵⁶ dicha investigación puede ser realizada por alguno de sus ministros, un magistrado o juez federal, o bien por “uno o varios comisionados especiales”, pero sus actos “son formalmente atribuibles al más Alto Tribunal de la nación, por ser aquélla el conducto para ejecutarlos”.¹⁵⁷ Hasta la reforma electoral de 2007,¹⁵⁸ el tercer párrafo de ese mismo numeral permitía al tribunal constitucional mexicano investigar oficiosamente “la violación del voto público”, cuando pudiera ponerse en duda la legalidad de una elección federal, indagación que podía abarcar tanto sus aspectos electoral *stricto sensu* y penal.^{159 y 160}

Tal función tradicionalmente ha sido de *excepcional* ejercicio¹⁶¹ y, aunque en ella la Corte no decide jurídicamente el caso de que se ocupe, su elevado prestigio da legitimidad a los resultados de esa averiguación, y el mismo va en juego cuando ejerce esa facultad.¹⁶² En los últimos años y luego de una “nueva reflexión” a la cual sin duda orilló el desarrollo político de la sociedad mexicana, la Corte ha ampliado la procedencia de esta atribución y dicho que no

¹⁵³ Véase Carpizo, Jorge, “La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1265-1269.

¹⁵⁴ Art. 11, fr. XVIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹⁵⁵ Cuando así lo juzgue conveniente o a instancia del Presidente, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el Gobernador de algún Estado.

¹⁵⁶ Morales Paulín, Carlos A., *Justicia constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 64; y “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL RESULTADO DE LA AVERIGUACIÓN PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL, DEBE HACERSE DEL CONOCIMIENTO DE LAS AUTORIDADES QUE SE ESTIMEN COMPETENTES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, junio de 1996, tesis P. XC/96, p. 515.

¹⁵⁷ “COMISIÓN INVESTIGADORA DESIGNADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL AMPARO PROMOVIDO CONTRA EL ACUERDO SUSCRITO POR UNO DE SUS INTEGRANTES POR EL QUE REQUIERE LA PRESENCIA DEL QUEJOSO PARA QUE DECLARE EN TORNTO A LA INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA, ES MANIFIESTA E INDUDABLEMENTE IMPROCEDENTE”, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis I.7o.P.8 K, p. 1600.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, nota 53, p. 6.

¹⁵⁹ Carpizo, *op. cit.*, nota 153, p. 1275.

¹⁶⁰ Primeramente el ejercicio de esta atribución fue *obligatorio* para la Corte, cuando era solicitado por los órganos públicos legitimados para ello; pero luego, por las reformas constitucionales publicadas el 6 de diciembre de 1977 (en relación con las violaciones del voto público) y 10 de agosto de 1987 (para la “violación grave de garantías”), se estableció que ella “podrá” ejercerla y se le dio carácter *discrecional*. Véase “FACULTAD DE INVESTIGACIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 97, SEGUNDO PÁRRAFO, CONSTITUCIONAL, SU EJERCICIO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ES DISCRECIONAL (MODIFICACIÓN DEL CRITERIO PUBLICADO EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, QUINTA ÉPOCA, TOMO CXII, PÁGINA 379)”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, abril de 1996, tesis P. XLIX/96, p. 66.

¹⁶¹ Que en el caso de “violación grave” de garantías individuales se traduce en una situación generalizada de inseguridad material, social, política o jurídica, o bien de “desorden”, concepción que luego fue extendiendo la misma Suprema Corte, como se indicará. “GARANTÍAS INDIVIDUALES. CONCEPTO DE VIOLACIÓN GRAVE DE ELLAS PARA LOS EFECTOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. III, junio de 1996, tesis P. LXXXVI/96, p. 459. Véanse también “SUPREMA CORTE, FACULTADES DE LA, EN MATERIA POLÍTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXII, p. 380; y “CASO DEL PARTIDO LIBERAL NUEVO LEONÉS, DEL PARTIDO LABORISTA REGIOMONTANO Y DEL PARTIDO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE NUEVO LEÓN. VIOLACIÓN DEL VOTO PÚBLICO QUE SE DICE COMETIDA DURANTE LAS ELECCIONES MUNICIPALES EN LA CIUDAD DE MONTERREY”, Pleno, *Informe de labores 1946*, p. 194.

¹⁶² *Cfr.* Carpizo, *op. cit.*, nota 153, pp. 1271-1272 y 1277; y Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 841-843.

es “excepcionalísima”, sino una facultad constitucional ordinaria que debe “ajusta[rse] su ejercicio a las circunstancias y problemáticas sociales y políticas de cada momento histórico, con el fin de *proteger eficazmente los derechos fundamentales*”, no restringiéndola a “condiciones tan rígidas”, y señalado que a pesar de su carencia de efectos vinculantes, los criterios desarrollados en su ejercicio pueden ser muy útiles al definir y dar contenido a los derechos fundamentales y así “coadyuvar con las restantes instituciones encargadas de la tutela de tales derechos”.¹⁶³ Es significativo además que, dado el creciente número de solicitudes de esta clase, el Pleno de la Corte haya expedido las “Reglas para las Comisiones de Investigación” con el objeto de implantar una mínima regulación que produzca “certeza y uniformidad” en esos procedimientos.¹⁶⁴

Actualmente y siquiera en ejercicio de una “duda metódica”, puede ser discutible la conveniencia de mantener esta atribución de la Suprema Corte, especialmente cuando las Comisiones de Derechos Humanos pueden ejercerla no sólo para casos de “violación grave de garantías individuales” sino para muchos otros; la polémica es mucho más compleja de lo que podría exponerse en unas cuantas líneas,¹⁶⁵ aunque podemos anotar que una razón para mantenerla es la posibilidad de que se ejerza en “estados de excepción” como último recurso del orden constitucional.¹⁶⁶

B. *Sistematización jurisprudencial*

A la Suprema Corte de Justicia de la Nación también corresponde dirimir conflictos entre los criterios sustentados por sus mismas Salas, entre ella y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o entre Tribunales Colegiados de Circuito, resolviendo cuál es el criterio que debe prevalecer en casos similares futuros¹⁶⁷ y el cual tendrá fuerza vinculante en lo posterior, aunque no afectará las resoluciones de los casos en que se hayan establecido los criterios contendientes.¹⁶⁸ Toda vez que la finalidad de este procedimiento es “preservar la unidad en la interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional, fijando su verdadero sentido y alcance”,¹⁶⁹ no tiene carácter jurisdiccional porque no resuelve litigios entre partes y, por eso mismo, no constituye una nueva instancia de los procesos correspondientes.¹⁷⁰

¹⁶³ Véanse Pleno, facultad de investigación 3/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2007, 1a. sección, con. III, pp. 86-97 (cursivas añadidas al texto transcrito); y Pleno, facultad de investigación 1/2007, *idem*, 15 de octubre de 2007, con. III, pp. 58-59.

¹⁶⁴ Acuerdo General 16/2007, *idem*, 22 de agosto de 2007, 1a. sección, pp. 88 y ss.

¹⁶⁵ Véanse Aranda, Jesús, “Indagará la Corte si en Atenco violaron derechos”, *La Jornada*, México, 7 de febrero de 2007, <http://www.jornada.unam.mx>; y Avilés, Carlos, “Corte forma comisión para indagar abusos en Atenco”, *El Universal*, México, 7 de febrero de 2007, <http://www.eluniversal.com.mx>

¹⁶⁶ Véase *supra*, cap. cuarto, nota 184.

¹⁶⁷ “CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO TIENE QUE RESOLVERSE INVARIABLEMENTE DECLARANDO QUE DEBE PREVALECER UNO DE LOS CRITERIOS QUE LA ORIGINARON, PUESTO QUE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PUEDE LLEVAR A ESTABLECER OTRO”, Cuarta Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 122, p. 22. No solamente puede la Suprema Corte acuñar un nuevo criterio al resolver una contradicción de tesis sino también ordenar la reformulación, y su republicación conforme a ella, de alguna de las tesis contendientes; véase Segunda Sala, contradicción de tesis 16/98-PL, 12 de marzo de 1999, con. V, pp. 76 y ss.

¹⁶⁸ Arts. 99 y 107, fr. XIII, constitucionales; y 197 y 197-A de la Ley de Amparo.

¹⁶⁹ “CONTRADICCIÓN...”, *cit.*, nota 167.

¹⁷⁰ “CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN QUE LE RECAE”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. VI, tesis 10, p. 14; y “ACLARACIÓN DE TESIS JURISPRUDENCIALES DERIVADAS

A instancia de uno de sus ministros, la Suprema Corte puede aclarar los criterios que sostuvo al resolver contradicciones de tesis, a fin de precisarlos y lograr su correcta aplicación, pero siempre manteniendo la esencia de la decisión relativa; señalando la misma Corte que esta facultad asimismo encuentra apoyo en los artículos 58 y 223 a 226 del Código Federal de Procedimientos Civiles.¹⁷¹

Se relaciona con lo anterior, la facultad establecida en el último párrafo del artículo 197 de la Ley de Amparo, que tienen las Salas y los ministros de la Corte¹⁷² (así como los Tribunales Colegiados de Circuito y sus magistrados) para solicitar la modificación de la jurisprudencia establecida y vinculante según los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo,¹⁷³ la cual no puede realizarse abstractamente sino sólo en atención a un caso concreto que hubo de resolverse con antelación a dicha petición.¹⁷⁴

Finalmente, de acuerdo con el artículo 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Corte tiene atribuciones para realizar “todas aquellas tareas que fueren necesarias para la *adecuada* distribución y difusión de las tesis y jurisprudencias”. Esta amplia facultad no sólo se refiere a meras cuestiones administrativas, relacionadas con la publicación y distribución del órgano de difusión de la jurisprudencia del Poder Judicial Federal, sino incluso funda actos de corrección y apreciación material de la misma.¹⁷⁵

C. Acuerdos generales y reglamentos

El sexto párrafo del artículo 94 constitucional y las fracciones IV a VI del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, facultan al Pleno de la Suprema Corte para

DE CONTRADICCIONES DE TESIS. PROCEDE SÓLO DE MANERA OFICIOSA PARA PRECISAR EL CRITERIO EN ELLAS CONTENIDO Y LOGRAR SU CORRECTA APLICACIÓN, SIEMPRE QUE NO CONTRADIGA ESENCIALMENTE A ÉSTE”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, julio de 2000, tesis 2a. LXV/2000, p. 151.

¹⁷¹ “ACLARACIÓN...”, *cit.*, nota 170; “ACLARACIÓN DE SENTENCIAS. PROCEDE TRATÁNDOSE DE LAS DICTADAS AL RESOLVER UNA CONTRADICCIÓN DE TESIS”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. VII, junio de 1998, tesis 2a. LXXXIII/98, p. 145; y Segunda Sala, aclaración de la tesis jurisprudencial 2a./J. 31/2002 (derivada de la contradicción de tesis 76/2001-SS), *idem*, 9a. época, t. XVI, diciembre de 2002, con. I, pp. 318 y ss.

¹⁷² La disposición referida sólo alude a los integrantes de las Salas, no al presidente de la Corte quien carece de adscripción a ellas; pero una interpretación sistemática de la Ley de Amparo con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, llevan a la conclusión de que el ministro presidente también tiene legitimación para realizar dicha solicitud. Véanse “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LOS MINISTROS DE ESTE ALTO TRIBUNAL, ENTRE ELLOS SU PRESIDENTE, ASÍ COMO LOS MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ESTÁN LEGITIMADOS PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P. X/2007, p. 12; y Segunda Sala, varios 2/2006-SS, *idem*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, con. II, pp. 539-542.

¹⁷³ Véase “SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. ES IMPROCEDENTE RESPECTO DE LAS TESIS DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE, CUYA FORMACIÓN DERIVA DE CINCO SENTENCIAS ININTERRUMPIDAS QUE NO CUENTEN CON LA VOTACIÓN IDÓNEA PARA INTEGRAR JURISPRUDENCIA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, junio de 2007, tesis 2a. LXXI/2007, p. 350.

¹⁷⁴ “SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. DEBE DECLARARSE IMPROCEDENTE CUANDO NO DEVIENE DE LA RESOLUCIÓN DE UN CASO CONCRETO, SINO QUE SE LIMITA A PLANTEAR DIVERSAS DUDAS RESPECTO DE SU APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 1a. CLXXVIII/2006, p. 186; y “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PREVIAMENTE A LA SOLICITUD DE SU MODIFICACIÓN DEBE RESOLVERSE EL CASO CONCRETO QUE LA ORIGINA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. IX, enero de 1992, tesis P. XXXI/92, p. 35.

¹⁷⁵ Véase “TESIS PUBLICADA. SIN APEGARSE A LO RESUELTO, SU INEXISTENCIA DEBE SER DIFUNDIDA POR RAZONES DE SEGURIDAD JURÍDICA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 2a./J. 184/2006, p. 225.

emitir acuerdos generales en virtud de los cuales se determine la competencia de las Salas de ese órgano y se remitan a los Tribunales Colegiados de Circuito los asuntos que sean competencia originaria de ese tribunal constitucional. Como muestra el número y diversidad de tales acuerdos, esta facultad ha sido muy utilizada por la Corte llamativa en los últimos años.¹⁷⁶ Si bien los referidos acuerdos generales persiguen a grandes rasgos el nada reprochable fin de dejar al conocimiento de la Suprema Corte, sólo aquellos asuntos en los cuales sea más requerida su intervención por su “importancia y trascendencia”, no son pocas las críticas que se les han dirigido, de entre las cuales podemos mencionar —por su importancia para nuestro tema principal— la “fragmentación de la interpretación constitucional” a la que dan origen.¹⁷⁷

Asimismo, las fracciones XIX y XXI del artículo 11 de la referida ley orgánica autorizan al Pleno de la Suprema Corte a emitir reglamentos en materias de su competencia, especialmente los relativos a compilación y sistematización de tesis y ejecutorias, estadística e informática y documentación y análisis.

D. *Facultades administrativas*

Los órganos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también tienen diversas atribuciones de carácter administrativo,¹⁷⁸ entre las que destacan a las siguientes: solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que investigue sobre la conducta de algún juez o magistrado federal;¹⁷⁹ conceder a los ministros licencias que no excedan de un mes;¹⁸⁰ elaborar su propio presupuesto;¹⁸¹ y la resolución de quejas administrativas contra su personal.¹⁸²

IV. ALCANCES Y LÍMITES JURISDICCIONALES

En las líneas siguientes, como es obvio por su importancia, nos referiremos a la que puede llamarse la “tríada procesal constitucional mexicana”: el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Con las diferencias que pudieran derivar de sus diferencias naturales y otras precisiones, lo dicho puede aplicarse en una buena parte, aunque nunca de forma irreflexiva, a otros procedimientos en los que decide jurídicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, al igual que como acontece con otros tribunales constitucionales,¹⁸³ el ejercicio de las atribuciones de la Suprema Corte no es ilimitado u omnímodo; también encuentra sus confines en la misma naturaleza jurisdiccional de su actividad y en los principios constitucionales de división del poder y democrático.¹⁸⁴

¹⁷⁶ Véase *supra*, notas 35, 42 y 61.

¹⁷⁷ Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 45, p. 148.

¹⁷⁸ Conforme al recurrido “criterio de exclusión” que determina si un acto tiene ese carácter por no ser legislativo o jurisdiccional. Véase Pleno, controversia constitucional 17/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, junio de 2006, con. VI, p. 956.

¹⁷⁹ Art. 97, párrafo segundo, constitucional.

¹⁸⁰ Art. 98, párrafo último, constitucional.

¹⁸¹ Art. 100, último párrafo, constitucional.

¹⁸² Art. 11, fr. VII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹⁸³ Aunque “la expresión tribunal constitucional no es un ‘algo’ que pueda conferírle a un órgano más competencias que las previstas en el ordenamiento”, Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 45, p. 152.

¹⁸⁴ Véanse *supra*, cap. cuarto, § IV; “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 1a./J. 84/2006, p. 29; “MAGISTRADOS AGRARIOS. EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NO DEBE INVADIR EL CAMPO DE LA DISCRETIONALIDAD RESERVADO AL PRESIDENTE DE LA

1. *Instancia procesal y naturaleza de la cuestión planteada*

El ejercicio de la competencia jurisdiccional de la Corte debe ser instado por los sujetos legitimados para ello a través de la promoción de la demanda, denuncia —para el caso de la acción de inconstitucionalidad— o la interposición del recurso de revisión correspondientes, la condición *sine qua non* que revela la existencia de una cuestión constitucional actual,¹⁸⁵ que habrá de resolver el alto tribunal.¹⁸⁶ Los hechos y cuestiones jurídicas constitutivos del caso planteado ante la Corte, también marcan un límite a su poder de decisión, que no le permite situarse “dentro de un terreno meramente especulativo” y la impele a resolver únicamente los tópicos real y efectivamente puestos bajo su decisión.¹⁸⁷ En segundo término, son los alcances semánticos del propio texto constitucional el primer y último límite de la interpretación constitucional de la Corte, dado que ésta debe razonablemente guardar analogía con aquellos según el contexto y, aunque se sigue de su carácter de intérprete definitivo la corrección formal de sus decisiones, no implica que materialmente sean correctas o que la sociedad en general no pueda criticarlas.¹⁸⁸ A las anteriores consideraciones generales, que pueden estar íntimamente ligadas entre sí, es factible hacer algunos comentarios que expresaremos a continuación.

La delimitación de los hechos y cuestiones constitutivos del litigio llevado ante la Corte —o cualquier otro tribunal—, es una restricción flexible a su ejercicio jurisdiccional que sólo debe consistir en un estudio “de los razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada”.¹⁸⁹ Dicha determinación requiere efectuar la interpretación¹⁹⁰ de los

REPÚBLICA Y A LA CÁMARA DE SENADORES, EN EL PROCESO DE RATIFICACIÓN”, Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis VIII.5o.3 A, p. 1767; y “LITIS CONSTITUCIONAL. SU MATERIA Y ALCANCE”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis IV.2o.A.34 K, p. 2653.

¹⁸⁵ *Supra*, notas 93, 94 y 101. Cabe hacer algunas precisiones sobre esto último; si bien puede tenerse que la solución de opiniones consultivas es, ampliamente considerada, un ejercicio de jurisdicción sobre un “potencial” litigio (*supra*, cap. primero, § V.2, y cap. tercero, § II.2); la Corte mexicana no tiene alguna atribución de esta clase. Por otra parte, la incertidumbre sobre la actualidad del acto impugnado no es siempre motivo para desechar la demanda correspondiente; *cfr.* “DEMANDA DE AMPARO. LA RECLAMACIÓN DE UN ACTO FUTURO O INCIERTO, DEL CUAL NO PUEDA SABERSE CON EXACTITUD SI ES INMINENTE O SI LLEGARÁ O NO A MATERIALIZARSE, NO CONSTITUYE UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA, POR LO QUE EL JUEZ DE DISTRITO DEBE ADMITIRLA A TRÁMITE”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, junio de 2003, tesis 1a./J. 25/2003, p. 73.

¹⁸⁶ *Supra*, cap. cuarto, nota 209.

¹⁸⁷ *Cfr.* “PERJUICIO, BASE DEL AMPARO”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XLI, p. 3565. “[E]l tribunal constitucional debe limitar su estudio a los puntos planteados por las partes, sin poder invocar otros respecto de los cuales la actora no hubiere señalado, en el contexto del proceso, que le asiste algún interés legítimo ni hubiera denunciado su posible transgresión a la Carta Magna”, Pleno, controversia constitucional 12/2001, en *Diario Oficial de la Federación*, 22 de marzo de 2006, 1a. sección, p. 92 (este asunto es esencialmente idéntico a la controversia constitucional 14/2001, de la que se sistematizaron diversas tesis; véanse *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, pp. 1887 y ss).

¹⁸⁸ *Cfr. supra*, cap. segundo, §§ I.2 y II.4.A; cap. cuarto, nota 247; y cap. quinto, § I.

¹⁸⁹ Arts. 79 de la Ley de Amparo, y 39 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional. La primera disposición agrega que dicho estudio se llevará a cabo “sin cambiar los hechos expuestos en la demanda”.

¹⁹⁰ No obstante embozarse con el eufemismo de una “armonización de datos”, constituye indudablemente una interpretación de los elementos de esa instancia, para establecerle un sentido impugnativo determinado. Véanse “DEMANDA DE AMPARO, EXAMEN DE LA. EL JUZGADOR DEBE ATENDER PREFERENTEMENTE A LO QUE SE QUISO DECIR EN ELLA”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VIII, noviembre de 1991, p. 199; “DEMANDA DE AMPARO,

planteamientos fácticos y jurídicos de las partes, analizando todos los elementos de la demanda —incluyendo los anexos a ella— a fin de establecer qué es lo que quiso decir el actor —lo que por igualdad procesal debe hacerse extensivo a los demandados y las demás partes¹⁹¹— y, en el caso de que se advierta una pretendida impugnación de un acto que no se haya señalado relevantemente, puede llamarse al juicio a su autor a fin de que participe en el proceso.¹⁹² Sobre el tema expresa el ministro Góngora Pimentel que

El examen conjunto de [...los...] razonamientos [da] al juzgador una gran libertad *para resolver la cuestión efectivamente planteada*. Es decir, la ley reconoce que en algunas ocasiones esa cuestión elusiva y difícil, que pocas veces se logra definir con claridad para que el juez la capte de inmediato, necesita un examen de toda la demanda y una interpretación que haga el juez de los autos para encontrar a... “la cuestión efectivamente planteada”.¹⁹³

Aunque no dejaría de interesar el análisis del principio de estricto derecho en el juicio de amparo, que hizo decir a don Felipe Tena Ramírez que por él “ni siquiera en el amparo contra leyes se ha perfilado un genuino control de la constitucionalidad”¹⁹⁴ y calificarlo de “un formalismo inhumano y anacrónico, victimario de la justicia”,¹⁹⁵ nos abstendremos de tratarlo puesto que el único interés que representa para nuestro actual estudio es considerarlo como un límite a la apreciación de la Suprema Corte quien, no obstante, siempre podrá realizar una interpretación del caso para arribar a la referida “cuestión efectivamente planteada” en el juicio de amparo. Su contrapartida, la suplencia de la queja deficiente, sí amerita detenimiento en esta ocasión al otorgar a nuestro tribunal constitucional una gran flexibilidad en la resolución de los procesos de que conoce y lleva, tomando *a contrario* lo dicho por el tratadista citado en último término, a un auténtico control constitucional.

Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene facultades en los procesos constitucionales —en amparo, sólo “excepcionalmente”—,¹⁹⁶ para suplir la deficiencia de los

INTERPRETACIÓN DE LA”, Segunda Sala, *idem*, 7a. época, vols. 217-228, tercera parte, p. 79; y “DEMANDA DE AMPARO, REQUISITOS E INTERPRETACIÓN DE LA”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. LXXVI, p. 4721.

¹⁹¹ Art. 3o. del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹⁹² “ACTO RECLAMADO, ESTUDIO INTEGRAL DE LA DEMANDA DE AMPARO PARA CONOCER EL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 70, p. 99; “DEMANDA DE AMPARO. SI DE SU ANÁLISIS INTEGRAL SE VE LA PARTICIPACIÓN DE UNA AUTORIDAD NO SEÑALADA COMO RESPONSABLE, EL JUEZ DEBE PREVENIR AL QUEJOSO PARA DARLE OPORTUNIDAD DE REGULARIZARLA”, Segunda Sala, *idem*, t. VI, tesis 151, p. 124; y “DEMANDA DE AMPARO. AL PROVEER SOBRE SU ADMISIÓN, SU ANÁLISIS DEBE COMPRENDER LOS ANEXOS QUE SE ACOMPAÑEN A LA MISMA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, enero de 2006, tesis 2a./J. 183/2005, p. 778.

¹⁹³ *Op. cit.*, nota 50, p. 552 (énfasis en el original).

¹⁹⁴ *Op. cit.*, nota 60, p. 531.

¹⁹⁵ Prólogo a Castro, Juventino, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, 1953, p. 17, citado en Burgoa, *op. cit.*, nota 60, p. 297. Con la sustitución del adjetivo “inhumano” por el de “antisocial”, esta lapidaria frase tuvo cabida en la exposición de motivos del artículo 76 bis de la Ley de Amparo; Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 50, p. 554.

¹⁹⁶ Arts. 76 bis de la Ley de Amparo, y 40 y 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional. Véanse “SUPLENCIA DE LA QUEJA Y SUPLENCIA ANTE EL ERROR EN JUICIOS DE AMPARO. DIFERENCIAS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 423, p. 362; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EN ELLA NO ES POSIBLE JURÍDICAMENTE CONSIDERAR DEFICIENTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 48, p. 45; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. CUANDO SE IMPUGNAN NORMAS GENERALES EN MATERIA ELECTORAL LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEBE SUPLENIR LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, PERO NO PUEDE FUNDAR LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VIOLACIÓN A CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 71 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS

agravios o conceptos de invalidez que los actores o recurrentes le formulen para sustentar su pretensión, que consiste en subsanar las imperfecciones de que adolecieren esos argumentos y llegar a la “cuestión efectivamente planteada”;¹⁹⁷ institución que es una manifestación procesal constitucional del principio *jura novit curia*.¹⁹⁸

Los alcances de la suplencia de la queja sólo llegan a integrar los aspectos “imperfectos” de la argumentación de las partes a cuyo favor se establece, lo que implica que la suplencia no llega al extremo de operar ante la ausencia total de argumentos¹⁹⁹ que expresen alguna causa de pedir,²⁰⁰ ni alcance a ser una autorización al tribunal para variar *motu proprio* la litis correspondiente —o sea los actos que se reclaman de algún modo en la demanda respectiva—²⁰¹; pero estas consideraciones generales no son aplicables en amparo penal —ampliamente sabido, y sostenemos que asimismo debe ser en la controversia constitucional—, en la acción de inconstitucionalidad —salvo sus restricciones en materia electoral—²⁰² y, dado que sería la hipótesis más probable, en los juicios de amparo en los que impugnen actos de aplicación de leyes declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte.²⁰³

A grandes rasgos y según lo dicho, gracias a sus facultades de suplencia la Corte puede resolver los casos litigiosos que se le presentan, limitándose desde luego a la “cuestión

FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL)”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis P. XXXIV/2006, p. 539.

¹⁹⁷ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 60, p. 300; “SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA PENAL, NO IMPLICA EL HACER PROCEDENTE UN RECURSO QUE NO LO ES”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. VIII, septiembre de 1998, tesis 1a./J. 50/98, p. 228; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. CASO EN QUE PROCEDE SUPLENIR LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. VII, febrero de 1998, tesis 1a. II/98, p. 335; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA AUTORIZA A EXAMINAR EN SU CONJUNTO LA DEMANDA A FIN DE RESOLVER LA CUESTIÓN EFECTIVAMENTE PLANTEADA, CORRIGIENDO LOS ERRORES QUE SE ADVIERTAN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 104, p. 86.

¹⁹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas consideraciones sobre las recientes reformas a la Ley de Amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 408.

¹⁹⁹ Cfr. “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. DEBE HACERSE A PARTIR DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O, EN SU CASO, DE LOS AGRAVIOS EXPRESADOS, POR LO TANTO NO ES ILIMITADA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, abril de 2005, tesis 1a./J. 35/2005, p. 686; y “DEMANDA DE AMPARO. LA AUSENCIA TOTAL DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN NO MOTIVA QUE EL JUZGADOR PREVenga AL QUEJOSO”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XX, noviembre de 2004, tesis P./J. 111/2004, p. 5.

²⁰⁰ “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis P./J. 68/2000, p. 38; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ ES SUFICIENTE QUE SE EXPRESE CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DEL ACTO O NORMA IMPUGNADOS CON RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXI, febrero de 2005, tesis P./J. 7/2005, p. 1390; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 17, p. 19. Véase “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. SON INOPERANTES SI NO SE REFIEREN A LA PRETENSIÓN Y A LA CAUSA DE PEDIR”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, tesis I.4o.A. J/33, p. 1406.

²⁰¹ Cfr. “DEMANDA DE AMPARO. SI DE SU ANÁLISIS...”, *cit.*, nota 192.

²⁰² “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ OPERA AUN ANTE LA AUSENCIA DE LOS MISMOS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P./J. 96/2006, p. 1157; “ACCIÓN DE...”, *cit.*, nota 196; y “ACCIÓN DE...”, *cit.*, nota 200.

²⁰³ “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. OPERA, AUNQUE NO SE HAYA PLANTEADO EN LA DEMANDA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY” y “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. SE SURTE AUN ANTE LA AUSENCIA DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 4/2006 y P./J. 5/2006, pp. 8 y 9, respectivamente. Véase el art. 37 de la Ley Reglamentaria de los Artículos I y II del Artículo 105 constitucional.

efectivamente planteada”, por cualquiera de sus aspectos de inconstitucionalidad. Puede ser que los agravios señalados por el actor sean infundados pero, de haber algún motivo que diera lugar a la irregularidad de los actos que impugnó y advirtiéndolo la Suprema Corte, ésta podrá fundar su nulidad en ella puesto que esencialmente la litis de todo proceso constitucional se reduce a establecer la conformidad con la ley fundamental de un determinado acto, principalmente en aras del interés público de mantener dicha regularidad —aunque en amparo intervenga el particular del quejoso—. La Corte, como todo tribunal constitucional, tiene por función la “depuración del ordenamiento jurídico” y por eso “ante [ella] no rige de manera completa el principio dispositivo”.²⁰⁴

2. Cuestiones políticas

La doctrina de la injusticiabilidad de “cuestiones políticas”, pero con una extensión más amplia que en el derecho norteamericano, ha tenido cabida en la dogmática mexicana a raíz de la solución que se dio en el siglo XIX a la impugnación de la llamada “incompetencia de origen”²⁰⁵ de las autoridades, a partir de la cual es un lugar común de nuestra jurisprudencia sostener que “la autoridad judicial no debe intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben, constitucionalmente, a otros poderes”;²⁰⁶ este pensamiento ha fundado que los tribunales mexicanos tradicionalmente no se relacionen con temas políticos y especialmente electorales.²⁰⁷ Como es obvio, establecer qué cuestiones políticas²⁰⁸ incumben a otros poderes, implica necesariamente la interpretación del texto fundamental para establecer dichas atribuciones de “otros poderes” o bien para constatar que no existen normas constitucionales de las que dependa la validez de los actos de un órgano de poder, de acuerdo con su formulación tradicional.²⁰⁹

A esta tesis —aún vigente y aceptada generalmente en México— pueden hacerse los mismos comentarios que sobre el tema hicimos con anterioridad.²¹⁰ Pero, como una particularidad de su aplicación mexicana, ha de señalarse que esta reticencia a participar en la discusión política —aunque fuera de un modo “jurisdiccional”— le valió al poder judicial federal una relativa independencia respecto del omnímodo poder presidencial,²¹¹ sobre esto retornaremos en el epígrafe siguiente, al hablar del papel de la Suprema Corte e la transición democrática de nuestro país.

Precisamente de la interpretación constitucional antaño imperante y de la teoría que la sustentaba, resultantes en un modelo constitucional predominantemente político y

²⁰⁴ Cfr. STC 11/1981, F.J. 3.

²⁰⁵ Una reseña del tema puede verse en Burgoa, *op. cit.*, nota 91, pp. 596-601.

²⁰⁶ “INCOMPETENCIA DE ORIGEN”, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 243, p. 199; e “INCOMPETENCIA DE ORIGEN”, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXV, p. 8268.

²⁰⁷ Véanse *supra*, notas 59 y 67; “SUPREMA CORTE...”, *cit.*, nota 161; “RESPETABILIDAD DE LA JUSTICIA FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. III, p. 1246; “DERECHO DEL VOTO”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. III, p. 1312; y “ELECCIONES”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. XXXI, p. 1496.

²⁰⁸ “Un órgano del Estado actúa políticamente —tal es mi convicción— cuando se apoya en consideraciones o razones de interés o de bien público, tal como él las aprecie y *sin que la validez de su decisión dependa de su conformidad con normas jurídicas preexistentes*”. Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares en México*, México, TFF, 2000, p. 308 (cursivas en el original).

²⁰⁹ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 2, pp. 710-711.

²¹⁰ *Supra*, cap. cuarto, § IV.3.

²¹¹ Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, p. 209.

jurídicamente limitado,²¹² y con la originalmente restringida procedencia de la controversia constitucional al lado del juicio de amparo que se vio más como “defensa del individuo”,²¹³ sólo correspondía a la Suprema Corte conocer de los asuntos “estrictamente constitucionales”, quedando a cargo del Senado la resolución de las diversas “cuestiones políticas” surgidas entre los poderes de los Estados, especialmente las relativas a la “diversidad de criterio político”.²¹⁴ Salvo lo relativo a la materia electoral en el juicio de amparo y la controversia constitucional, tomando en cuenta la extensa procedencia que la Corte ha dado a la última, podemos decir que las “cuestiones políticas” no justiciables han considerablemente disminuido su número en México, dada la considerable amplitud que se da a las disposiciones constitucionales que impiden “lagunas” de este tipo.²¹⁵

Sin embargo, la ampliación (jurisprudencial) de la procedencia de la controversia constitucional ocasionó la dificultad de compaginar este medio procesal con la facultad senatorial para “[r]esolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado [...] o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional”, que otorga la fracción VI del artículo 76 constitucional; aunque tardíamente, a este problema responde la ley reglamentaria de ese precepto publicada el 31 de agosto de 2007. Entre sus principales disposiciones que más inmediatamente se relacionan con nuestro tema, se encuentran la que declara que el Senado “no ejercerá funciones jurisdiccionales” (art. 1o.), el catálogo enunciativo de supuestos en los que se configura una “cuestión política” y la restricción a la procedencia de ese instrumento a aquellos casos en los que “no haya recurso, vía o instancia jurisdiccional” disponible o en trámite (arts. 3o. y 6o., fr. V) o la Suprema Corte haya declinado su competencia para conocer de un conflicto, a través de la declaración de la improcedencia correspondiente (art. 6o., fr. V).²¹⁶ Con esta regulación se aclara que el procedimiento para la solución de “cuestiones políticas” a cargo del Senado de la República tiene un carácter *subsidiario* a la controversia constitucional, como corresponde al carácter jurisdiccional de ésta, y por ende auxiliar en la salvaguarda del orden constitucional para abarcar a aquellos casos que no alcanza la competencia de la Suprema Corte; con ello quedan claramente delimitadas las fronteras entre ambos procedimientos y se ratifica el papel primordial de la jurisdicción constitucional en México.

3. Autorrestricción judicial

Relacionada con la intervención en aspectos políticos que expusimos, se halla una persistente autorrestricción judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tiene tanto aspectos positivos como negativos. Entre los primeros, no pudiéndose esperar otra cosa, figuran que la Corte ha enfatizado los límites de su jurisdicción y declarado que ella no se extiende a usurpar la función del Constituyente sino habrá de seguir sus disposiciones no obstante la inconveniencia que en algún aspecto se siga de ello, y tampoco que le corresponde

²¹² Véase Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 48-52; y González Avelar, *op. cit.*, nota 71, pp. 31-39 y 60-61.

²¹³ Tena Ramírez, *loc. cit.*, notas 116 y 194.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 429-430; “INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DEL CASO QUE NO ESTÁ PREVISTO POR EL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” e “INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 105 Y 76, FRACCIÓN VI, CONSTITUCIONALES”, Pleno, *Informe de labores 1941*, pp. 137 y 138 respectivamente.

²¹⁵ Véase *supra*, notas 83, 89 y 90; e *infra*, §§ II.5 y III.

²¹⁶ Una exposición más amplia de nuestra parte, se encuentra en “Resolución de ‘cuestiones políticas’: controversia constitucional y procedimiento senatorial”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007.

remplazar a los órganos de poder bajo su control en el ejercicio de sus funciones constitucionales, respetando los márgenes de decisión que la ley fundamental les otorga.²¹⁷ Sin embargo, el afán de la Suprema Corte de no intervenir en las funciones de los órganos públicos ha inhibido su revisión de decisiones legislativas que por lo general llega hasta verificar sólo si poseen un fin constitucionalmente fundado, evitando un escrutinio minucioso sobre el grado de afectación que ellas imponen a otros bienes constitucionalmente protegidos; de ello nos ocuparemos con más detenimiento al analizar la recepción del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana.²¹⁸

Terminaremos con el comentario de la consulta planteada al Pleno de la Corte por el Consejo de la Judicatura Federal, en relación con los informes cuya rendición al Congreso de la Unión requería la fracción XIV del artículo 311 de la Ley de Concursos Mercantiles al Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM), que formó el expediente varios 698/2000-PL²¹⁹ que, en nuestra opinión, es muy ilustrativo sobre algunos temas que recién tratamos y devela asimismo algunos puntos aún oscuros y deficientes de nuestro sistema procesal constitucional. Se trata, como bien lo caracterizó la Corte, de un “asunto peculiar” (p. 15) y carente de una “respuesta correcta” manifiesta, que ocasionó una “crisis jurídica” que de ningún modo pudo tener solución satisfactoria.

Aunque la Corte lo trató como un conflicto meramente potencial (pp. 21 y 22), en realidad se trataba de un verdadero conflicto de intereses entre el Poder Judicial de la Federación —a través del IFECOM— y el Congreso de la Unión, relativo a la autonomía e independencia de aquél por el cual, sin duda alguna, corresponde “velar en todo momento” al Pleno de ese tribunal (art. 11, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; pp. 11 y 18).²²⁰ Dicho conflicto, contrariamente a lo señalado por la Corte, no se suscitó exclusivamente “dentro del Poder Judicial de la Federación” porque era factible —como así fue— que la resolución correspondiente hubiera podido limitar los efectos del acto legislativo en cuestión o declarar su nulidad y, en tal virtud, indudablemente correspondía el derecho de audiencia al órgano que lo emitió;²²¹ si la obligación de rendir tales informes se hubiera establecido respecto de un órgano local o del poder ejecutivo, nadie hubiera dudado de la procedencia de la controversia constitucional.

Basándose en que el Poder Judicial de la Federación no está legitimado en dicho proceso y a que ella misma forma parte de él —sin importar que en realidad no tuviera interés que defender en el asunto— (p. 21), además de que su calidad de “tribunal constitucional” le

²¹⁷ Pleno, controversia constitucional 22/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, mayo de 2004, con. VI, pp. 607 y ss; controversia constitucional 12/2001, *cit.*, nota 187, 1a. sección, con. VII, p. 93; acción de inconstitucionalidad 12/2002, *cit.*, nota 107, con. IX; acción de inconstitucionalidad 47/2006, *cit.*, nota 126, 2a. sección, con. XXII, p. 52; y “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL...”, *cit.*, nota 184.

²¹⁸ *Infra*, § IV.2.C.

²¹⁹ *Cit.*, nota 76. Aunque este asunto dio lugar a seis diversas tesis, sistematizadas y publicadas, preferimos referirnos a su ejecutoria por la precisión que requiere el análisis que emprendemos en esta ocasión; citaremos el considerando y la página del engrose de esa resolución —no la de su publicación—.

²²⁰ Aunque no señala esa disposición el procedimiento por el cual habrá de ejercerse esa facultad, por su amplia redacción pensamos que incluye el caso de una “controversia constitucional” originada por el ataque a la autonomía judicial federal por otros poderes.

²²¹ La cuestión de “interpretación a la luz de la Constitución” sobre la que este asunto versó no es una simple “cuestión interna” (con. I, pp. 22-23), más bien se trata de la hipótesis de un verdadero litigio constitucional que versa sobre “normas”, es decir el sentido jurídico que se atribuye a las disposiciones legales mediante su interpretación; que debió resolverse mediante un juicio contradictorio. *Supra*, nota 96; y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 486.

ofrecía la posibilidad de llevar a cabo ese procedimiento e interpretar la Constitución (pp. 33-34),²²² la Corte resolvió sobre la procedencia de dicha vía consultiva (pp. 33-34) que, embozada como una “interpretación conforme a la Constitución” de discutible corrección,²²³ en realidad llevó a efecto un control difuso de esa disposición (pp. 65-66),²²⁴ fuera de todo proceso establecido en la Constitución y contrariamente a lo señalado antes por la misma Corte en esa misma resolución (p. 32) y en su jurisprudencia.²²⁵

La Corte hubiera podido establecer, con base en una aplicación *pro actione* de los artículos 14 y 17 constitucionales,²²⁶ la legitimación activa del Consejo de la Judicatura en dicho proceso y al menos para estas circunstancias tan particulares, en las que en realidad no tenía ningún interés propio que defender siendo un órgano diferente al Consejo de la Judicatura.²²⁷ Desde luego, esta opinión puede ser debatible, pero en ella se hubieran observado el derecho de audiencia del Congreso de la Unión y las competencias constitucionales de ese tribunal y aun sido consistente con el precedente que ella misma refirió en su sentencia (pp. 28-31).²²⁸

V. LA SUPREMA CORTE Y LA VIDA POLÍTICA MEXICANA: UN “VIEJO” PROTAGONISMO CON NUEVAS PERSPECTIVAS

El análisis de la posición actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la política mexicana, debe situarse en un contexto mucho más amplio que la sola reforma constitucional de 1994 y las subsecuentes a ella, que sin dejar de ser un parteaguas en la historia jurídica mexicana, sólo pueden explicarse por su inserción en la secuencia histórica de nuestro país. No puede comprenderse a cabalidad la importancia de este tribunal como pieza fundamental en el complejo juego de la política mexicana de nuestro tiempo —con una alegoría ajedrecística, diríamos que es un alfil con gran influencia pero sólo diagonal, no frontal—, sin parangonar la realidad política que imperó hasta final del siglo XX y la que ahora se vive a comienzos del XXI.

Durante la hegemonía priísta y gracias a las omnímodas facultades constitucionales y metaconstitucionales del Presidente de la República en ese régimen, la designación o remoción de los ministros de la Corte —avalada en su momento por el poder legislativo que también controlaba el ejecutivo— respondía a la conveniencia política del proyecto presidencial en turno, siempre “inspirado” por los ideales de la revolución de 1910 que sacralizó la Constitución de 1917, y también a la distribución de “premios” y “castigos” entre

²²² Como un ejemplo de la “teoría del tribunal constitucional” en la cual en su opinión ha fincado la Corte su decisionismo, el actual ministro Cossío Díaz critica duramente la resolución que comentamos y concluye sin tapujos que “la Corte violentó la Constitución al asignarse una competencia con que no contaba”. *Op. cit.*, nota 45, pp. 155-165.

²²³ “Tal ensanchamiento (*Ausweitung*) de la ley ya no puede designarse como una interpretación conforme a la Constitución; contradiría tanto al texto literal (*Wortlaut*) de la ley como a la voluntad del legislador”, BVerfGE 20, 162 (218).

²²⁴ En su voto concurrente en este asunto, el ministro Aguirre Anguiano consideró que “se debió declarar expresamente, y no implícitamente, la inconstitucionalidad del artículo 311, fracción XIV, de la Ley de Concursos Mercantiles” y propuso que se llevara a cabo un “control difuso excepcional”.

²²⁵ “CONTROL JUDICIAL DE...”, *cit.*, nota 46.

²²⁶ Véase *supra*, notas 50 y 51.

²²⁷ Si se toma la división de poderes funcional y materialmente, no formalmente como hizo la Corte. Véase *supra*, nota 9.

²²⁸ “CONFLICTOS CONSTITUCIONALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXVI, p. 1067.

los juristas fieles a la ortodoxia del régimen.²²⁹ No obstante la existencia de un compromiso directo o indirecto ante el Presidente y carecer de una conformación políticamente plural, la Suprema Corte gozó de “cierta autonomía” frente al ejecutivo que incluso le permitió restringir en alguna medida su poder, salvo en los casos en que éste tenía “interés político”,²³⁰ de modo que la apreciación sobre la independencia de la Suprema Corte durante esos años no permite llegar a conclusiones maniqueas: ese tribunal no se encontraba absoluta y en todo caso supeditado a la imponente voluntad presidencial, pero tampoco gozó de total independencia por la relación política retrospectiva y prospectiva que sus integrantes mantenían con la presidencia, lo que finalmente redundó en la limitación en el ejercicio de sus funciones.²³¹

En este contexto, a través del juicio de amparo,²³² la Corte representó una garantía institucional a los ciudadanos para “salvar en lo particular sus intereses o derechos”,²³³ que prácticamente representó la única figura procesal que resolvía la Corte. En el plano político en sentido estricto, es decir el integrado por los órganos de poder federal o estatal y en el seno de éstos, a pesar de que el artículo 105 constitucional la facultaba desde siempre para conocer de conflictos entre la Federación y los Estados y entre los poderes de éstos —que luego se extendió al Distrito Federal—, la Corte tuvo escaso conocimiento de tales cuestiones porque sencillamente, no llegaban a ella o lo hacían por la inadecuada vía del juicio de amparo;²³⁴ tales controversias se dirimían por medio de la renuncia, transacción o imposición autoritarias del Presidente de la República —fungiendo como “defensor de la Constitución” schmittiano—, conforme a las estructuras de poder de ese régimen, lo que implicó una modificación consuetudinaria del orden constitucional²³⁵ por la sustitución de los medios formalmente establecidos en la ley suprema para la resolución de tales conflictos —la primitiva controversia constitucional—. Pero en todo caso, era claro que no tocaba a la Suprema Corte conocer de “cuestiones políticas” ajenas a la delimitación constitucional de competencias entre los distintos órganos de poder.²³⁶

Sumándose a este escenario sociopolítico una visión tradicionalista sobre la función judicial²³⁷ que la limitaba a sólo resolver “casos concretos” conforme a la voluntad del legislador de quien sólo eran su “boca”, la cual también le impedía llevar a cabo una “labor política”; dicha tradición simbióticamente se cobijaba y resultaba en un paradigma constitucional de tipo político que devino en una explicación fragmentada de la Constitución y en la ausencia de una glosa de los derechos fundamentales y sociales más profunda que la mera retórica política.²³⁸

²²⁹ Cfr. Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 45, pp. 50-51 y 107. Véase Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 19, t. XIII, pp. 313, 367 y 371.

²³⁰ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 15a. ed., México, Siglo XXI, 2000, pp. 181 y 217.

²³¹ Cfr. Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 45, pp. 133-134. En la nota número 195 este autor da una interpretación diferente al trabajo de Schwartz en el que basa Carpizo la tesis a que recién aludimos.

²³² Recuérdense que en este proceso constitucional la legitimación activa deriva de la lesión del “interés jurídico” exclusivo y directo del gobernado, que en combinación con la “fórmula Otero” ha impedido que por su medio se defiendan intereses colectivos. Véase *supra*, nota 58.

²³³ Carpizo, *op. cit.*, nota 230, p. 178.

²³⁴ Cfr. González Avelar, *op. cit.*, nota 71, p. 167; y *supra*, nota 70.

²³⁵ Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 103 y ss.

²³⁶ *Supra*, nota 214.

²³⁷ Véase *supra*, cap. primero, § V.3.

²³⁸ Cfr. Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 45, pp. 116 y 134-138. Véase Attili, Antonella, “El cambio político en México: 30 años (no) es nada”, *Nexos*, México, año 29, vol. XXIX, núm. 349, enero de 2007, p. 10.

En tal escenario, no es difícil explicar por qué la Suprema Corte durante mucho tiempo funcionó prácticamente en la sombra y carente de relevancia política y aun académica.²³⁹ Sencillamente el entorno político y cultural jurídico impidieron que la Corte en términos generales, a pesar de contar con atribuciones suficientes, hubiera tenido oportunidad e intención de emitir su opinión libre y aun heterodoxa para establecer las líneas directrices de la Constitución —es decir interpretarla según la sola conciencia de los ministros— y sujetar a los actores políticos y sociales a ellas por vía del juicio de amparo y la controversia constitucional, como corresponde en un Estado constitucional democrático.²⁴⁰

El desgaste del régimen monolítico priísta y la vitalidad social que dio origen a una colectividad políticamente heterogénea, apartada en diversos grados de la ortodoxia, precisó de diversos ajustes que a partir de 1977 ocasionaron un cambio político cuya principal manifestación fue la caducidad del régimen presidencialista²⁴¹ y que, “por el camino de la conformación gradual y pausada de las condiciones necesarias”, tuvo como consecuencia general la

creación [de un] nuevo andamiaje legal electoral y constitucional, así como de las instituciones autónomas, a través de los cuales dar realidad, en sus distintos aspectos, al funcionamiento de la *fórmula democrática pluralista* en la que las muy diversas fuerzas políticas pudieran llegar a coincidir, como conjunto de *reglas eficaces* para dirimir el conflicto social en la *lucha por el poder*, así como para *regular y controlar* su ejercicio.²⁴²

Las reformas judiciales de 1994 y 1996 han sido pilares de esa transición democrática,²⁴³ pero en realidad de ella la reforma judicial ha sido un aspecto (importante), sirviendo “sólo” de “válvula de escape a las presiones sociales”.²⁴⁴ Por lo que nos atañe ahora, puede sostenerse que los poderes que dieron esas reformas a la Corte, le permitieron desempeñar un “papel fundamental” en esa transición, y la han llevado a ser en ella

un *garante* de la regularidad constitucional[...] un factor de estabilidad social y seguridad jurídica, acercándonos a un estadio en el que las normas constitucionales rigen el proceso político y, por

²³⁹ Cfr. Cossío Díaz, *op. cit.*, nota 212, pp. 68-69.

²⁴⁰ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 74, p. 27.

²⁴¹ Véase Woldenberg, José, “Suprema Corte: árbitro de la política”, en Natarén Nandayapa, Carlos F., y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 57-60. Tal momento puede tenerse para efectos prácticos como referencia del inicio de la transición democrática mexicana; aunque hay consenso en que ésta se dio por la vía electoral, no existe respecto de cuándo comenzó y (si) terminó, y cuál ha sido el preciso papel de los actores que han intervenido en ella; cfr. Méndez de Hoyos, Irma, “Transición y consolidación democrática en México ¿Es posible una regresión?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, p. 65.

²⁴² Attili, *op. cit.*, nota 238, pp. 8 y 9 (cursivas añadidas). También en el sentido de que el “proceso de democratización” mexicano se desarrolló por “décadas de evolución gradual, casi imperceptible”, se pronuncia Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, p. 199.

²⁴³ Éste es “un concepto confuso, impreciso y con una aplicación indiscriminada sin claridad”, pero mínimamente aunque con suficiencia para nuestros actuales propósitos, podríamos definirlo sencillamente como “el procedimiento de instauración práctica de un régimen democrático”. Cfr. López Escutia, Luis Ángel, “El papel de la justicia electoral en la transición democrática de México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, pp. 66-67.

²⁴⁴ Cfr. Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, p. 210.

tanto, existe una auténtica Constitución normativa, avanzando en la construcción de un nuevo orden constitucional.²⁴⁵

Precisamente, de acuerdo con su correspondiente iniciativa presidencial, la reforma de 1994 tuvo la finalidad general de “incorporar a nuestro orden jurídico los *valores y funciones características del Estado constitucional* de nuestros días”, en la inteligencia de que así “se nutrirá una *auténtica cultura constitucional* que permee la vida nacional”,²⁴⁶ y en lo particular al extender la procedencia de la controversia constitucional, la de dar “las vías adecuadas para solucionar las controversias que en [el] pleno ejercicio [de un nuevo federalismo] pueda suscitar”.²⁴⁷ La ampliación de la procedencia de la controversia constitucional para incluir a los municipios —ya entonces un buen número de ellos en manos de la oposición—, la creación de la acción de inconstitucionalidad —legitimando en ella a minorías parlamentarias y luego a los partidos políticos— y la ulterior extensión de este proceso para la impugnación de leyes electorales; se debió al reconocimiento del “pluralismo creciente” de la sociedad mexicana que hizo indispensable, establecer vías adecuadas para la solución de disputas entre órganos que ejercían el poder público y los relativos al acceso a éste.²⁴⁸ La comparación entre el número de controversias constitucionales promovidas hasta 1994 y el de las posteriores a ese año que las entidades municipales han promovido en buena proporción, así como el importante caudal de acciones de inconstitucionalidad; hacen imaginar la crisis política en que México se hubiera sumido de estar ausentes tales vías procesales.²⁴⁹

¿Cómo explicar que la presidencia haya impulsado la reforma constitucional de 1994 —y aun la de 1996—, teniendo disposición de renunciar a su poder jurisdiccional *de facto* y aun de “pagar el alto costo económico” y político,²⁵⁰ por darse en medio de una aguda crisis económica? A grandes rasgos, considerando que para entonces ya no lo poseía o estaba consciente de que se hallaba a punto de perderlo.²⁵¹

La figura presidencial y las estructuras de su partido ya carecían de control para dirimirlos tradicionalmente y, ante la radicalización de posiciones entre las diversas facciones políticas

²⁴⁵ Orozco Henríquez, José de Jesús, “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, p. 163 (cursivas en el original).

²⁴⁶ Ante esta frase es inevitable la reminiscencia de la idea de “voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*)”, sobre la que Konrad Hesse fincó su tesis de la plena fuerza normativa de la ley fundamental (*Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 1959, p. 12). A nuestro ver, ella manifiesta la intención constitucional de que se implanten en México los postulados neoconstitucionalistas, todos ellos opuestos a una “Constitución minimalista”, y por lo tanto de una gran importancia para la interpretación constitucional; cierto es que ello no se reflejó en el texto constitucional, pero no había necesidad de ello porque se trata de un aspecto ideológico que “se relaciona con el desarrollo de las funciones constitucionales y con la concepción constitucional de los actores participantes” (Schuppert, Gunnar Folke, y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 25 [cursivas suprimidas]), más relativo a cómo se ve la Constitución que a lo que ésta exprese en su texto; véase Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 23 y ss.

²⁴⁷ Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 19, t. XIII, pp. 158-159.

²⁴⁸ *Cfr. ibidem*, t. XIII, pp. 159-160 y 782-785.

²⁴⁹ Véanse *supra*, notas 70 y 73.

²⁵⁰ Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, p. 209.

²⁵¹ Que en 1997 el PRI (47.8%) perdiera la mayoría absoluta del Congreso federal frente a la oposición (52.2%), “no sólo produjo el vuelco histórico en la tradicional subordinación del poder legislativo al ejecutivo, sino que inauguraría una fase de gobierno dividido, [...] ininterrumpida a la fecha”, que ha resultado en la dificultad para formar acuerdos, lazos institucionales y entendimientos políticos. *Ibidem*, p. 206.

—nada extrañas en periodos transitivos—, no quedó más que dar solución heterocompositiva a los insalvables conflictos en que desembocaba la situación anterior,²⁵² a través de una instancia imparcial y con suficiente credibilidad.²⁵³ La reforma de 1994 marca el inicio de la etapa final de un esfuerzo *presidencial* de fortalecer al poder judicial federal en general, no sólo a la Suprema Corte, para atender el rezago de la administración de justicia y, muy primordialmente, enfrentar una crisis de legitimidad mediante la eficientización de las instituciones judiciales para servir de “válvula de escape a las presiones sociales”.²⁵⁴

Por la amplitud que ha dado la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación a la controversia constitucional y a la acción de inconstitucionalidad —pero destacándose la primera—, debida a nuestro parecer a la necesidad de cumplir adecuadamente su función de dirimir conflictos entre los órganos y grupos de poder, prácticamente ningún tema quedaría sin solución *desde* la Constitución.²⁵⁵ Ello ha conducido a que conflictos eminentemente políticos se revelen con una *dimensión jurídica* que exige solución a la luz de las normas constitucionales y a que la Corte se coloque en posición de orientar y conducir la vida política nacional por los cauces establecidos en la ley suprema, siendo el “fiel de la balanza” en diversas pugnas entre los poderes de la Federación o de los Estados, ambos órdenes o los últimos y sus municipios —que han sido frecuentes actores ante ese tribunal constitucional; con anterioridad, hubiera sido impensable la solución jurisdiccional de estas controversias.²⁵⁶

Con un buen grado de aparente autonomía,²⁵⁷ que alcanzó casi simultáneamente con otros órganos estatales,²⁵⁸ la Corte ha resuelto conflictos de muy diversa índole política que, explícita o implícitamente, reflejaban los roces naturales de una *sociedad plural* que, en no pocas veces, resultan en votaciones polarizadas de ese tribunal. Entre tales asuntos se cuentan las controversias constitucionales relativas al horario de verano (5/2001),²⁵⁹ al desafuero de Andrés Manuel López Obrador (23/2005 y 24/2005),²⁶⁰ el veto presidencial del presupuesto

²⁵² Cfr. Woldenberg, *op. cit.*, nota 241, pp. 61-63.

²⁵³ Cfr. Inclán Oseguera, *op. cit.*, nota 23, p. 235.

²⁵⁴ Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, pp. 210 y 215.

²⁵⁵ Cfr. “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL CONTROL...”, *cit.*, nota 82; y *supra*, nota 88. Véase *supra*, cap. quinto, § II.2.

²⁵⁶ Sánchez Cordero de García Villegas, *op. cit.*, nota 69, t. II, pp. 1136-1141 y 1144.

²⁵⁷ Desplegada en especial en la controversia constitucional 26/99 (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, pp. 575 y ss.), cuya resolución se calificó de “histórica [...] porque [con ella] la Corte parece haber puesto fin a la relación de dependencia con el Ejecutivo [...] marcó al presidente los límites de sus atribuciones y facultades constitucionales” (Ambriz, Agustín, “Demoledora sentencia de la Suprema Corte contra las argucias del Ejecutivo”, *Proceso*, México, año 24, núm. 1243, 27 de agosto de 2000, pp. 16-17). Aunque no son concluyentes, los fallos de la Suprema Corte contrarios al Presidente en asuntos “políticamente significativos” pueden ser indicadores preliminares del “poder relativo” ganado por aquél, no de su independencia, máxime que son “uno de los pocos instrumentos de los que los investigadores pueden echar mano”; Inclán Oseguera, *op. cit.*, nota 23, pp. 220, 233 y 237-241.

²⁵⁸ Como la Cámara de Diputados, con la que los ministros de la Corte tuvieron una reunión en septiembre de 1997, histórica porque se trataba de la primera mesa directiva de oposición de ese órgano legislativo —emanada de una elección intermedia de la que resultó el congreso más plural hasta ese tiempo—, y marcó una importante distancia entre ambos poderes y el entonces presidente Zedillo, último de la hegemonía priísta. Cfr. Muñoz Ledo, Porfirio, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional en la reforma del Estado”, en Natarén Nandayapa, Carlos F., y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 28-29.

²⁵⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIV, septiembre de 2001, pp. 882 y ss.

²⁶⁰ *Idem*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, pp. 755 y ss. Véanse Aranda, Jesús, “Revés de la Corte a ALDF: AMLO no es gobernador”, *La Jornada*, México, 20 de mayo de 2005, <http://www.jornada.unam.mx>; y Gómez, Francisco y Alberto Cuenca, “Desechan controversia de PRD sobre desafuero”, *El Universal*, México, 20 de mayo de 2005, Nación, p. 17, <http://www.eluniversal.com.mx>.

de egresos federal (109/2004),²⁶¹ y los anuncios publicitarios de la Presidencia de la República (38/2006) y otras atinentes a las relaciones entre los poderes de las entidades federativas y a cuestiones municipales (sólo como algunos ejemplos entre muchos: 2/95, 19/95, 54/96,²⁶² 4/98, 21/99, 9/2000, 14/2001, 328/2001 y 2/2003);²⁶³ así como las acciones de inconstitucionalidad relativas a la reelección de gobernadores (33/2002 y 34/2002),²⁶⁴ al aborto (10/2000)²⁶⁵ y a la glosa de normas constitucionales electorales (19/2005),²⁶⁶ entre las que destaca la posibilidad de candidaturas independientes,²⁶⁷ uno de los tópicos más importantes al desarrollo democrático mexicano y, además, a nuestra integración al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.²⁶⁸

Con la solución de tales conflictos irreconciliables, gracias a las mencionadas reformas, la Suprema Corte se convirtió en un “protagonista de la transición política” en muchas ocasiones involucrado en polémicas y atrayendo la atención de los reflectores por la expectativa de sus decisiones o el interés en la designación de sus integrantes.²⁶⁹ La intervención de la Corte ha sido determinante para sortear situaciones de “parálisis política” que la falta de acuerdo entre los actores políticos ha ocasionado, convirtiéndose así en un elemento indispensable para el equilibrio político y la gobernabilidad.²⁷⁰

²⁶¹ Véanse Avilés, Carlos, “SCJN: el Presidente sí puede vetar presupuesto”, *El Universal*, México, 13 de mayo de 2005, Nación, p. 2, <http://www.eluniversal.com.mx>; y Aranda, Jesús, “Decisión de la SCJN sobre el presupuesto vulnera la división de poderes: Góngora”, *La Jornada*, México, 31 de mayo de 2005, <http://www.jornada.unam.mx>.

²⁶² Véase Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “Aguilillas”, *Lex. Difusión y Análisis*, 3a. época, año V, núms. 48-49, junio-julio de 1999, México, pp. 11-22.

²⁶³ Véase también *supra*, nota 90.

²⁶⁴ “GOBERNADOR INTERINO, PROVISIONAL O SUSTITUTO DEL ESTADO DE VERACRUZ. AL DISPONER EL ARTÍCULO 12 DEL CÓDIGO ELECTORAL DE LA ENTIDAD, QUE LOS CIUDADANOS QUE HAYAN OCUPADO ESE CARGO EN NINGÚN CASO PODRÁN VOLVER A DESEMPEÑARLO, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (DECRETO 301 PUBLICADO EL CATORCE DE OCTUBRE DE DOS MIL DOS EN LA GACETA OFICIAL DEL ESTADO)”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, tesis P./J. 7/2003, p. 1106.

²⁶⁵ *Idem*, 9a. época, t. XV, marzo de 2002, pp. 793 y ss.

²⁶⁶ “FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis P./J. 144/2005, p. 111.

²⁶⁷ El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2001 interpretó el art. 41 constitucional en el sentido de que postular candidatos de elección popular no es exclusivo de los partidos políticos (“CANDIDATOS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE LA EXCLUSIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA SU POSTULACIÓN”, Sala Superior, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 081/2002, p. 387). Años más tarde, la Corte sostuvo la imposibilidad de candidaturas independientes con una apreciación mucho más restrictiva y basada en una falacia *non sequitur*, afirmando que “sólo a través de los partidos políticos es que los ciudadanos tendrán derecho a contender por un cargo de elección popular” y, a lo más, un ciudadano podrá hacer precampaña a fin de que una de esas organizaciones lo postule (Pleno, acción de inconstitucionalidad 14/2004, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre de 2004, 2a. sección, cons. IX y XIII, pp. 39 y 61); mas posteriormente y tomando en cuenta diversos documentos internacionales, rectificó su criterio —aunque con una votación 6-5— y dijo que del art. 41 constitucional “no se advierte de forma alguna, que los partidos políticos tengan el monopolio de la postulación de candidaturas para cargos de elección popular, ni menos aún que estén prohibidas las candidaturas independientes o no partidistas” (Pleno, acción de inconstitucionalidad 28/2006 y acums., *idem*, 28 de mayo de 2007, 1a. sección, con. IX, p. 95), aunque no suplió la deficiencia de los conceptos de invalidez y no estudió la cuestión relativa a que la ley impugnada requería a candidatos independientes mayores requisitos que a los postulados por partidos políticos (voto particular del ministro Cossío Díaz, *idem*, 1a. sección, p. 110).

²⁶⁸ CIDH, *Yatama*, fondo y reparaciones, 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, §§ 215-217.

²⁶⁹ Véase Carrasco Araizaga, Jorge, “El objeto de la seducción”, *Proceso*, México, año 27, núm. 1408, 26 de octubre de 2003, p. 8-11.

²⁷⁰ Torres Espinosa, *op. cit.*, nota 70, p. 215; e Inclán Oseguera, *op. cit.*, nota 23, p. 242.

A casi quince años de las mencionadas reformas constitucionales, ya a nadie sorprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incrementado su poder en el esquema institucional, diga la última palabra en conflictos entre los órganos políticos o sociales y que, por eso mismo, sea una instancia que haya de considerarse en el juego político mexicano;²⁷¹ de ser sólo un personaje secundario, casi ambiental, llegó desde los primeros años de la reforma constitucional de 1994 a ocupar un destacado lugar en el proscenio político mexicano. Más no podemos constatar y asombrarnos de este “nuevo” protagonismo de la Corte en la vida nacional, sino reflexionar sobre su proyección en el futuro de México.

El nuestro es “un Estado constitucional de derecho, *inacabado y por consolidar*, que es producto (a la vez que instrumento) de la transición” —como muestran los mismos medios procesales en manos de la Corte y la manera en que ella los ha ejercido—.²⁷² Esta imperfección obviamente significa que subsisten aspectos a los cuales habrán de dedicarse (mayores) esfuerzos de todos los actores de la sociedad en la construcción de un verdadero Estado constitucional democrático, fincado sobre la dignidad humana y caracterizado por la observancia de todos los principios constitucionales y la mayor participación de todos los ciudadanos.²⁷³

Por supuesto, no cabe en esta ocasión enumerar todas las “asignaturas pendientes” de la “transición política” mexicana —frase ahora obligatoria al hablar de ella—, pero sí las que se vinculan con la actuación de la Suprema Corte y perfilan temas de discusión novedosos o no tanto, acerca de cuáles habrán de ser los próximos pasos del tribunal constitucional²⁷⁴ para la consecución de los próximos objetivos generales de este proceso político, en este orden: fortalecer los derechos democráticos (fundamentales y políticos) y mantener condiciones democráticas estables, suponiendo un *compromiso* de todos los actores políticos para ello.²⁷⁵ Éstos son dos rubros cuyos correspondientes paradigmas jurídicos y políticos nos parece urgente revisar, en las facetas que presentan para la jurisdicción constitucional: la eficacia democrática de los derechos fundamentales y el ejercicio de un control más estricto al legislador; pero quizá más importante sería atender la forma en que los ha abordado la reciente jurisprudencia de la Corte cuya actuación, al tener un relevante papel en la consolidación democrática mexicana, determina y representa el grado que ésta alcanza en nuestro país.²⁷⁶

La Suprema Corte ha tenido en épocas recientes y otras lejanas un importante papel en la tutela de los derechos de los ciudadanos; especialmente podemos tener como importantes ejemplos su amplia jurisprudencia en materia tributaria en la que fue un eficaz límite al poder legislativo —aunque no ha desarrollado sistemáticamente los principios constitucionales relativos—²⁷⁷ y la amplitud con que interpretó el debido proceso.²⁷⁸ Aunque son de

²⁷¹ Cfr. *ibidem*, pp. 246-247.

²⁷² Attili, *op. cit.*, nota 238, p. 10 (cursivas añadidas).

²⁷³ Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 246, pp. 11-18.

²⁷⁴ Naturaleza que sin duda tiene la Corte y lo ha demostrado en los años posteriores a su ensalzamiento como tribunal constitucional, a pesar de la inveterada falacia que deja de verla con ese carácter. Véanse *supra*, cap. cuarto, § II.1; y Carbonell, *op. cit.*, nota 74, p. 40.

²⁷⁵ Cfr. Attili, *op. cit.*, nota 238, pp. 10-11.

²⁷⁶ Cfr. Méndez de Hoyos, *op. cit.*, nota 241, p. 77; y *supra*, cap. cuarto, § V.

²⁷⁷ Elizondo Mayer-Serra, Carlos, y Luis Manuel Pérez de Acha, “La Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes”, *Este País*, México, núm. 177, diciembre de 2005, pp. 28 y 34.

²⁷⁸ “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 218, p. 260.

reconocerse las recientes decisiones de ese tribunal sobre el derecho a la información,²⁷⁹ las relativas a aquellas “grandes, indispensables libertades democráticas”²⁸⁰ han dejado qué desear en el terreno práctico, como se aprecia en el llamado “*caso Bandera*” —o, coloquialmente, del “*Poeta maldito*”—²⁸¹ en el que, contrariamente a las exigencias del pluralismo democrático, negó su amparo a un escritor con visión heterodoxamente antipatriótica que se expresó peyorativamente del referido símbolo patrio,²⁸² o en el amparo directo en revisión 1580/2003 sobre los delitos de imprenta relativos a funcionarios públicos y las restricciones que imponen a la libertad de expresión.²⁸³

Como ya hemos apuntado, la Corte ha mantenido una importante autorrestricción controlando al poder legislativo. Ciertamente es que no siempre falla a favor del legislador y ha declarado inconstitucionales varios de sus actos, pero ello generalmente acontece cuando la inconstitucionalidad es claramente manifiesta o bien no requiere el análisis sutil de la forma en que inciden las medidas legislativas en cuestión en otros principios constitucionales, sobre todo en los derechos fundamentales. En otras hipótesis, es decir, cuando se requiere un examen de la proporcionalidad entre bienes constitucionales en colisión, la Corte es normalmente reacia a entrar a un estudio profundo de la relación entre ellos y basta que el legislador afirme que persigue un fin constitucionalmente legítimo para que estime la regularidad de la norma general impugnada; así lo muestran los casos relativos a las restricciones al ejercicio arbitral en materia de derechos de autor,²⁸⁴ a la exención azucarera del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios²⁸⁵ y a la deducción de consumos de combustible.²⁸⁶

²⁷⁹ Véase “DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 60. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLV/2000, p. 72.

²⁸⁰ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 529-530 (1945).

²⁸¹ Primera Sala, amparo en revisión 2676/2003, 5 de octubre de 2005. Sobre la importancia de tal derecho fundamental y sus implicaciones en un Estado democrático, con relación a este asunto, véanse BVerfGE 7, 198 (208-209) —caso *Lüth*—, y 93, 266 (289-297) —caso “*Los soldados son asesinos (Soldaten sind Mörder)*”—; STC 20/1990, F.J. 5; y *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414-420 (1989). Una mirada filosófica aplicable al mismo, hablando de la “reinvención de los símbolos nacionales”, es la de Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalismo*, México, Torres Asociados, 2005, pp. 94-95; y la de Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Itaca, 2005, p. 197.

²⁸² Véanse entre otros: Carbonell, Miguel, “El lábaro ofendido”, *Nexos*, México, año 28, vol. XXVIII, núm. 342, junio de 2006, pp. 51-54; Cruz Parcero, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, pp. 423-447; Díaz Aldret, Octavio, “Conjeturas acerca de la limitación a la libertad de expresión, por respeto a los símbolos patrios (caso del poeta maldito)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 16, enero-junio de 2007, pp. 370-403; y López Salas, Rafaela, “El caso Sergio Witz: ¿Un conflicto de derechos?”, *ibidem*, pp. 435-449.

²⁸³ Véase el voto particular del ministro Cossío Díaz en este asunto, en “Libertad de expresión y crítica a la función pública”, *Nexos*, México, año 29, vol. XXIX, núm. 349, enero de 2007, pp. 39-44; y también acción de inconstitucionalidad 45/2006, *cit.*, nota 107, 1a. sección, pp. 102 y ss.

²⁸⁴ Primera Sala, amparo en revisión 1110/2005, 7 de diciembre de 2005. Véase el voto particular del ministro Cossío Díaz en este asunto, en “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.

²⁸⁵ “PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. LOS FINES QUE JUSTIFICAN LA EXENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISO F), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL RELATIVO, SE SUSTENTAN EN EL INTERÉS DE PROTEGER

De lo anterior, aunque puede atribuirse a un natural desajuste en una transición política, a pesar de su ya indisputable protagonismo en la vida política mexicana, la actuación de la Corte —que habla en pretérito, pero pudiéndose proyectar sus términos al futuro— se halla inhibida como protector cabalmente eficaz de los derechos fundamentales y catalizador de la democratización de México dentro del ámbito de sus funciones. En nuestro concepto, ambos aspectos constituyen los retos actuales de ese alto tribunal y así lo ha comprendido un sector del mismo, cuyas palabras en pretérito bien pueden referirse al futuro y lo que en él se espera de nuestros ministros:

Lo que nos correspondía, en definitiva, era garantizar el ámbito de protección de un derecho fundamental y emitir una resolución que diera plena operatividad práctica a lo que nuestra Constitución establece, otorgando plena vigencia a los derechos civiles de los ciudadanos, elemento sobre el cual debe apoyarse la construcción de la democracia que nuestra Constitución prevé.²⁸⁷

Parece faltar todavía un ingrediente en la afirmación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional mexicano, que ninguna reforma constitucional o legal por sí sola podrá añadir —y menos si es sólo de nomenclatura—: una decidida orientación liberaldemocrática, derivada de una concepción de la ley fundamental y de sus objetivos que no alude superficialmente a sus valores esenciales —dignidad humana y democracia— sino los promueve hasta sus *últimas consecuencias*. Esto no es un colofón retórico sino un tema de grave trascendencia en la interpretación constitucional porque determina la selección de sus instrumentos metodológicos y sus relaciones de prevalencia argumentativa, que no es clara en la jurisprudencia de la Corte —aunque a últimas fechas ha establecido precedentes importantes para ello—.²⁸⁸

A LA INDUSTRIA AZUCARERA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2004)”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 2a. XXIV/2006, p. 534.

²⁸⁶ “RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN III, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, QUE PREVÉ LOS REQUISITOS PARA DEDUCIR LOS GASTOS EN EL CONSUMO DE COMBUSTIBLES PARA VEHÍCULOS MARÍTIMOS, AÉREOS Y TERRESTRES, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 2a. C/2006, p. 234.

²⁸⁷ Amparo en revisión 2676/2003 (voto de minoría de los ministros Cossío Díaz y Silva Meza), *cit.*, nota 281, p. 18.

²⁸⁸ Véase *infra*, cap. séptimo, § IV.7.

CAPÍTULO SÉPTIMO
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN (Y OTROS TRIBUNALES MEXICANOS)

I. LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL EN MÉXICO

La teoría de la interpretación jurídica de los tribunales mexicanos, es decir su forma de concebir ésta y los postulados bajo los cuales la realiza, ha sido cambiante y reflejado directa o indirectamente las variaciones de la metodología jurídica y aun la situación política de los órganos jurisdiccionales —cuyo papel definen ambas refiriéndose mutuamente—. ¹ Antes de entrar en el terreno de la interpretación constitucional, es conveniente repasar esta evolución y, sobre todo, definir los postulados interpretativos generalmente imperantes en Mexico para la actividad de los tribunales, que es la más representativa de la aplicación jurídica. ²

1. *Concepto, objeto y fin de la interpretación*

Sabemos que en nuestro país los artículos 14 y 16 constitucionales imponen a los tribunales pautas metodológicas para su labor de juicio. La primera de tales disposiciones establece las directrices que deben seguir para determinar la norma aplicable a los problemas jurídicos que tienen bajo su decisión, o sea en la interpretación que realicen para hallar el derecho que rige al caso; la segunda, que por el momento dejaremos de lado, requiere que la decisión judicial se apoye en “motivos” suficientes, aludiendo obviamente a la argumentación que la sostenga a ella y a sus diferentes premisas como las de carácter interpretativo. ³

El cuarto párrafo artículo 14 constitucional ⁴ ordena a los jueces mexicanos que “la sentencia definitiva deberá ser conforme a la *letra* o a la *interpretación jurídica* de la ley, y a falta de ésta se fundará en los *principios generales del derecho*” (cursivas añadidas); no obstante su limitación textual al orden civil y a una sola especie de resolución judicial —la última del proceso—, su sentido normativo general se tiene por aplicable en cualquier materia

¹ Cfr. Cortés Ontiveros, Ricardo, “Evolución de los sistemas de interpretación a través de las distintas épocas del Semanario Judicial de la Federación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 71-73.

² *Supra*, cap. primero, § V.1.

³ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 379; y “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, tesis 1a./J. 139/2005, p. 162.

⁴ Quizá la más trascendente función metodológica del cuarto párrafo del artículo 14 de la Constitución, incluso anterior a fundar y dirigir la interpretación de los tribunales, es servir de “norma de cierre” del ordenamiento jurídico mexicano en dos vertientes: primeramente, asumiendo la integridad del mismo y desconociendo la posibilidad de lagunas en él; y en segundo término, relacionado con el artículo 133 constitucional, estableciendo un clausurado sistema de fuentes jurídicas, integrado por un conjunto de diversos elementos (Constitución, tratados internacionales, leyes *stricto sensu*, derivados de éstas como los reglamentos y los principios generales del derecho) del que se excluyen otros como la equidad —muy susceptible de discusión— y la costumbre por sí mismas. Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 690-691; y García Máynez, *op. cit.*, nota 3, pp. 381-382 y 385-387. Véase “OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXVIII, p. 1762.

salvo las particularidades de la penal⁵ —regulada especialmente en el tercer párrafo de esa misma disposición— y la laboral,⁶ y a toda clase de decisiones judiciales, en tanto resulta una manifestación del principio genérico de legalidad.⁷

Una de las consecuencias de la separación de poderes ensalzada por la revolución francesa, fue vedar la interpretación de la legislación a los jueces y otros aplicadores a fin de impedir su actuación arbitraria; para ello se instituyó la figura del *référé législatif*, que además sirvió a la unidad de la interpretación jurídica como manifestación de la igualdad revolucionaria, por la cual los jueces ante la duda en el sentido de una disposición legal habían de dirigirse al Cuerpo Legislativo para que éste otorgue su debida interpretación, lo cual también se fundaba en la supremacía de la ley y en el indelegable carácter soberano del legislador. Por lo tanto, debiendo el juez aplicar estrictamente las leyes del Cuerpo Legislativo, “la interpretación autorizada del legislador era la *única* clase de interpretación permisible”, la “auténtica” por haberla realizado el mismo autor de la ley.⁸

Siguiendo estas ideas, por reforma constitucional de 1874 que se reiteró en el inciso f) del artículo 72 de la Constitución de 1917, en México se implantó la posibilidad de que el legislador expidiera su interpretación “autorizada” de la ley, única admitida “por disposición constitucional”; por lo tanto, se pensó que el poder ejecutivo y los jueces sólo tenían la obligación de cumplir la ley, pero no estaban facultados para “interpretarla”.⁹ Sólo en virtud de la reglamentación del juicio de amparo —que como veremos instituyó el uso de precedentes judiciales en nuestro país— se permitió la posibilidad de que los tribunales lleven a cabo una “interpretación jurídica” de la ley —en oposición a la “legislativa” auténtica—, incluida finalmente en el texto de nuestro actual artículo 14 constitucional.¹⁰

⁵ En esta materia la interpretación adquiere perfiles muy característicos y, *grosso modo*, conocidos por todos; algunos materiales útiles al tema son: Guastini, Riccardo, “Analogía” (trad. de Marina Gascón), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 101 y ss; Navarro, Pablo E., Andrés Bouzat y Luis M. Esandi, “Interpretación y aplicación de normas penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 87-105; “APLICACIÓN DE LAS LEYES POR ANALOGÍA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XLII, p. 500; y “JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL. INTERPRETACIÓN DE LA LEY CON EFECTOS EXTENSIVOS Y DE EXCEPCIÓN”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, junio de 1996, tesis I.3o.P.1 P, p. 863.

⁶ Cuyos laudos no dejarán de expresar “los motivos y fundamentos legales en que se apoyen” según el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo, debiéndose contar lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la misma. Véanse “LEY, INTERPRETACIÓN DE LA, EN LAS SENTENCIAS”, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXXVIII, p. 231; y “LAUDOS DICTADOS A VERDAD SABIDA Y BUENA FE GUARDADA, TAMBIÉN DEBEN SER MOTIVADOS Y FUNDADOS”, Segundo Tribunal Colegiado del Decimoséptimo Circuito, *idem*, 8a. época, t. V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, p. 280.

⁷ *Cfr.* Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 579-580. Véanse los artículos 115 y 158, segundo párrafo, de la Ley de Amparo; y “SENTENCIAS, CITA DE PRECEPTOS LEGALES EN LAS”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 75, cuarta parte, p. 39.

⁸ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000, p. 80 (cursivas añadidas al texto transcrito); García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 38-39; y Carré de Malberg, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, ed. facsimilar de la de 1931, París, Economica, pp. 19-20 y 48. Véase *supra*, cap. primero, § V.3.

⁹ Véase Pleno, acción de inconstitucionalidad 26/2004 y acums., *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre de 2004, 1a. sección, p. 57.

¹⁰ González Oropeza, Manuel, “La interpretación jurídica en México”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 239-242.

De ahí que no sorprenda que en la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación* (1917-1957) se hubiera concebido la “interpretación jurídica” sólo en sentido estricto,¹¹ como una operación que sólo cabía hacer ante la oscuridad del texto, que desembocó en la general adhesión de la Suprema Corte a la máxima *in claris non fit interpretatio*, quien aludió a que “no es jurídico” interpretar “aquellas normas cuyo sentido es absolutamente claro”, porque equivale a que el juez desempeñe el papel de legislador.¹² La jurisprudencia entendió entonces que la finalidad de la interpretación jurisdiccional es “descubrir el pensamiento del legislador” para “encajar los casos *imprevistos* dentro de [las] normas generales”,¹³ quedando proscrita toda posibilidad de “reformular o transformar la disposición legislativa” o “modificar[la]”.¹⁴

No obstante lo anterior, en la misma época pueden encontrarse algún alejamiento de esta postura, que ya implican un concepto de interpretación algo más amplio, es decir no sólo atinente a los casos oscuros, por el cual se admite que precisamente “la interpretación consist[e] en escudriñar y determinar [un significado]” y por ello la ley es “interpretable”, aunque aún manteniéndose que tal significado es el “sentido [inmanente] que le imprime el legislador”,¹⁵ y admitiendo que dicha labor efectivamente la puede realizar la autoridad judicial, mas no la administrativa quien al aplicar la ley en el mejor de los casos sólo podrá “emitir su opinión” sobre ella, no “interpretarla”.¹⁶

Es preciso apuntar que en este último grupo se incluye la tesis —publicada entre los primeros tomos de la quinta época— que indica como objetos elementales de la interpretación al “texto o sentido gramatical de las palabras [de la ley] y la intención o propósitos que llevaron al legislador a dictarla”, que pioneramente respalda una moderna “interpretación correctora” que puede hasta ser *contra litteram* si del sentido inmediato del texto legal “se encuentra en una palpable contradicción [con] estos propósitos”,¹⁷ que luego se reiterará implícitamente al final de la misma época, al infiltrarse la opinión de que “[l]a interpretación correcta es la que atiende al espíritu de la ley, a los fines del legislador, o sea la te[le]ológica”.¹⁸ A nuestros ojos, estos precedentes son importantes no sólo por ser excepcionales dentro de una jurisprudencia aferrada al legalismo positivista del siglo XIX y muy limitada en su concepción de la interpretación, sino porque a todas luces se nota en ella la

¹¹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001, p. 22.

¹² “LEYES PENALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, p. 1277; “LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. LXIV, p. 1451; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. CXIX, p. 3063; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Sala Auxiliar, *idem*, 5a. época, t. CXXV, p. 1669; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Cuarta Sala, *idem*, 5a. época, t. CXXVI, p. 73; y “LEY, INTERPRETACIÓN...”, *cit.*, nota 6. Véase “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. CUÁNDO NO HAY NECESIDAD DE HACERLA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 8a. época, t. IX, febrero de 1992, p. 209.

¹³ “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Cuarta Sala, *idem*, 5a. época, t. LXXIX, p. 5084 (cursivas añadidas).

¹⁴ “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. XXVII, p. 819; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, *idem*, 5a. época, t. CXXXII, p. 263.

¹⁵ “LEYES DE ORDEN PÚBLICO, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Sala Auxiliar, *idem*, 5a. época, t. CXI, p. 1404.

¹⁶ “LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. XLV, p. 2787; y “LEYES, INTERPRETACIÓN DE”, Segunda Sala, *idem*, 5a. época, t. LIX, p. 2889.

¹⁷ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Pleno, *idem*, 5a. época, t. XVIII, p. 116. Véase también “LEY INTERPRETACIÓN DE LA”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. CXI, p. 2244.

¹⁸ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. CXXIII, p. 666. Véase “GARANTÍA DE LEGALIDAD. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, *idem*, 8a. época, t. XI, enero de 1993, p. 263.

influencia de la —entonces fronteriza— *jurisprudencia de intereses*¹⁹ cuya tendencia finalista y axiológica es a grandes rasgos continuada por las contemporáneas teorías general jurídica y constitucional y por nuestros tribunales.²⁰

Ya en la sexta época de la jurisprudencia de la Suprema Corte (1957-1968), se admitió sin mayor dificultad que los tribunales en su labor efectivamente realizaban la interpretación de las leyes que aplicaban, aunque con la limitación de no reconocerle un carácter en alguna medida creativo y, por lo tanto, enteramente subordinada a la ley;²¹ pero ello ya implicaba un gran paso al concebir la interpretación como una actividad que naturalmente se realiza en toda aplicación jurídica —“aun de manera inconsciente”—, en diversos niveles de complejidad.²² La naturaleza creativa de la interpretación no fue reconocida sino al cabo de algunas décadas, aunque expresamente para la constitucional; en un criterio sumamente importante, por las razones que expondremos ahora y más adelante, el entonces magistrado Góngora Pimentel desechó la idea de que el juicio es una actividad llevada a cabo a través de una “subsunción automática” y conforme a las “ataduras” de un “positivismo formalizado superado muchas

¹⁹ Véanse Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007, pp. 149-154; y Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 101-107.

²⁰ Como muestra véanse los siguientes criterios, de trascendencia por su carácter matizado en general y su “antiliteralismo” en particular, a los que claramente subyace una orientación teleológica que busca evitar “rigorismos excesivos”: “VIOLACIONES DE CARÁCTER FORMAL EN EL PROCESO LEGISLATIVO. SON IRRELEVANTES SI NO TRASCIENDEN DE MANERA FUNDAMENTAL A LA NORMA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 137, p. 149; “NOTIFICACIONES, FINALIDAD DE LAS FORMALIDADES PARA SU VALIDEZ”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. IV, tesis 582, p. 536; “EMPLAZAMIENTO. SÓLO PRODUCE INVALIDEZ LA OMISIÓN DE FORMALIDADES TRASCENDENTES”, Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. X, julio de 1999 (9A), tesis III.T. J/39, p. 722 (cuya publicación en nuevos términos dispuso la Segunda Sala de la Corte en la contradicción de tesis 16/98-PL); “DELITO ELECTORAL PREVISTO EN LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 403 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO SE CONFIGURA CON LA ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE UNA CREDENCIAL PARA VOTAR CUANDO EL TITULAR FALLECIÓ CON ANTERIORIDAD AL DESARROLLO DE LA CONDUCTA”, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis XX.1o.146 P, p. 1692; “LAUDO. LA CITA INCORRECTA DE ALGÚN DATO DE IDENTIFICACIÓN DEL JUICIO (ERRORES MECANOGRÁFICOS EN EL NÚMERO DE EXPEDIENTE O EN EL NOMBRE DE ALGUNO DE LOS CONTENDIENTES) ES INSUFICIENTE PARA CONSIDERARLO INCONGRUENTE Y, POR ENDE, NO VULNERA GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis I.6o.T.355 L, p. 3209; “SOCIEDADES, VALIDEZ DE LAS ASAMBLEAS, AUN CUANDO NO SE HAYAN EXPEDIDO LOS TÍTULOS DE LAS ACCIONES DE LAS”, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. III, segunda parte-2, enero a junio de 1989, p. 793; y “FUNDAMENTACIÓN. LA FALTA DE CITA DE UNA FRACCIÓN DE UN DETERMINADO PRECEPTO RESULTA INTRASCENDENTE SI EL DESTINATARIO DEL ACTO IDENTIFICA LA HIPÓTESIS LEGAL Y EL HECHO A QUE SE APLICÓ”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 8a. época, t. V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, p. 220.

²¹ “INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA”, Primera Sala, *idem*, 6a. época, vol. XLIX, segunda parte, p. 58; “JURISPRUDENCIA, NO ES LEY SINO INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *idem*, 6a. época, vol. LII, segunda parte, p. 53; “TRIBUNAL FISCAL, ESTÁ FACULTADO PARA HACER LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY EN MATERIA DE SU COMPETENCIA”, Segunda Sala, *idem*, 6a. época, vol. CXIX, tercera parte, p. 31; e *infra*, nota 111. Cfr. Cortés Ontiveros, *op. cit.*, nota 1, p. 64.

²² Acción de inconstitucionalidad 26/2004, *cit.*, nota 9, con. VI, p. 55; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN MATERIA CIVIL, EN CUMPLIMIENTO A LA GARANTÍA DE LEGALIDAD. ALCANCES QUE AL EFECTO ESTABLECE EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis I.6o.C.357 C, p. 1482. La Suprema Corte también ha dicho que “[d]e acuerdo con la doctrina, la labor interpretativa es consustancial con la aplicación de la norma, hasta el punto de que ambos términos son considerados como sinónimos”; Pleno, controversia constitucional 33/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, con. VIII, pp. 959 y ss.

décadas atrás”, sino una “labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia”.²³ La calidad de *fuerza jurídica plenamente original que puede tener la jurisprudencia*, que se le da al considerarla en alguna medida con carácter verdaderamente creativo y no como una simple concretización deductiva de la ley; se ha observado recientemente al matizarse un viejo criterio que sostiene la imposibilidad de que la jurisprudencia sea aplicada retroactivamente, admitiendo que al menos dentro de los casos en que ella sea integradora y no meramente “interpretativa” sí podría darse esa situación —con lo que se optimiza la garantía constitucional relativa—, aunque la Corte no ha sido de esa opinión.²⁴

En este contexto se inscribe la idea que actualmente mantiene la Suprema Corte de que es labor del intérprete *establecer* el “sentido y alcance” de las disposiciones jurídicas²⁵ ante su imprecisión u oscuridad, con lo que se admite la “imperfección” de la voluntad legislativa y su perfeccionamiento bajo el criterio del mismo operador y, de algún modo, su inventiva.²⁶ Más claro resulta lo anterior respecto de los “conceptos indeterminados”, respecto de los cuales la Corte señalado que su empleo deriva de la necesidad del legislador de delegar al operador jurídico la definición casuística de sus alcances —aunque dentro de ciertos márgenes—, gracias a que “no [es] omnisciente y [desconoce] de antemano todas las combinaciones y circunstancias futuras de aplicación”.²⁷ Ha persistido hasta nuestros días, un concepto de

²³ “INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 419.

²⁴ Cfr. “JURISPRUDENCIA. CASO EN QUE SU APLICACIÓN ESTÁ SUJETA AL PRINCIPIO DE NO RETROACTIVIDAD”, Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, marzo de 2000, tesis IV.1o.P.C.9 K, p. 1002; Carbonell, *op. cit.*, nota 4, p. 648; “JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE LA. SU APLICACIÓN NO ES RETROACTIVA”, Primera y Cuarta Salas, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, ts. II y V, tesis 175 y 312, pp. 127 y 250, respectivamente; y “JURISPRUDENCIA. AL TENER ESE CARÁCTER LAS CONSIDERACIONES EXPRESADAS EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, SU APLICACIÓN NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LI/2004, p. 513.

²⁵ Sin embargo, salvo excepciones que la tratan muy tangencialmente, entonces y también ahora la básica separación entre “disposición” y “norma” no ha permeado completamente en las decisiones de nuestros tribunales, quienes todavía utilizan esos términos como sinónimos. En cualquier caso, deben tenerse presentes las consecuencias prácticas de esta terminología para adecuarla a ella —lo que no sería tan difícil pues se trata de simples problemas de equívocidad, que pueden prevenirse con la advertencia a su respecto—. Cfr. “RETROACTIVIDAD. IGUALDAD DE PRECEPTOS DE LA LEY ANTERIOR Y LA NUEVA”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 39, sexta parte, p. 59; y *supra*, cap. primero, nota 70, y cap. sexto, nota 55.

²⁶ “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE LOS VICIOS EN LA REDACCIÓN Y PRECISIÓN DE TÉRMINOS EN QUE EL LEGISLADOR ORDINARIO PUEDA INCURRIR”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CIV/2000, p. 145; “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR EXCLUSIVAMENTE DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES UTILIZADOS POR EL LEGISLADOR”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1a./J. 83/2004, p. 170; “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE LOS VICIOS EN LA REDACCIÓN E IMPRECISIÓN DE TÉRMINOS EN QUE EL LEGISLADOR ORDINARIO PUEDA INCURRIR”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXII, agosto de 2005, tesis 2a./J. 92/2005, p. 310, y también Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 1a./J. 117/2007, p. 267.

²⁷ “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO DEPENDE DE QUE ESTABLEZCAN CONCEPTOS INDETERMINADOS”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis 1a./J. 1/2006, p. 357. Véanse también “EXPROPIACIÓN. EL ARTÍCULO 1o., FRACCIÓN IX, DE LA LEY RELATIVA, AL UTILIZAR LA EXPRESIÓN ‘BENEFICIO COLECTIVO’ PARA PRECISAR LA AFECTACIÓN DE LA PROPIEDAD PARTICULAR TRATÁNDOSE DE LA CREACIÓN, FOMENTO O CONSERVACIÓN DE UNA EMPRESA PARA TAL FIN, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XXIV/2006, p. 23; “CONCEPTOS JURÍDICOS

interpretación jurídica de alcances tradicionales (*in claris...*), que limita dicha actividad a los casos de polisemia u oscuridad del sentido y significado del texto.²⁸

Considerando que nuestros tribunales evidentemente han adoptado una posición objetivista, atemperada únicamente en los casos señalados en el párrafo anterior, resulta lógico que el objeto sobre el cual recayó la interpretación jurídica, aparte de la simple “letra de la ley”, haya sido la “voluntad del legislador” que le dio origen y lo que éste “quiso decir” en ella, cuyo descubrimiento resultaba su fin último y su criterio de corrección.²⁹ El análisis de iniciativas, dictámenes, discusiones legislativas y exposiciones de motivos, así como el de sus antecedentes en la legislación positiva, ha sido primordial en la interpretación jurídica y dichos elementos se han considerado como “una de las fuentes a las que debe acudir para interpretar”;³⁰ así que los métodos “histórico” y “genético-teleológico”,³¹ a través del estudio de los referidos elementos del procedimiento legislativo, ha sido muy frecuentemente empleado por la Suprema Corte en la interpretación de la Constitución federal,³² de las leyes procesales constitucionales³³ y de las normas secundarias,³⁴ tanto de un modo determinante como sólo para “confirmar” las respectivas conclusiones a las que arribó sobre el sentido de las disposiciones jurídicas, aunque actualmente en el claro entendido de que tales datos

INDETERMINADOS O FLEXIBLES. LA FALTA DE UNA DESCRIPCIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR PARA VALORARLOS Y FIJAR SU ALCANCE Y SENTIDO ES UN HECHO QUE PUEDE SUBSANARSE AL MOMENTO DE APLICARLOS SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PUEDA DICTAR SUS RESOLUCIONES EN FORMA ARBITRARIA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis I.4o.A.594 A, p. 2472; y Pleno, amparo en revisión 1190/2004, 30 de noviembre de 2004, con. II, p. 11.

²⁸ Véase “INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. PARA DETERMINAR SI EXISTE OBLIGACIÓN DE REALIZARLA DEBE DISTINGUIRSE SI SE TRATA DE ACTOS NEGATIVOS U OMISIVOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 1a. CXC/2007, p. 386.

²⁹ *Cfr. supra*, nota 17; “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, *cit.*, nota 14; “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, *cit.*, nota 13; “LEYES DE ORDEN PÚBLICO...”, *cit.*, nota 15; e “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XIV, p. 1458.

³⁰ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y LOS PROYECTOS ANTERIORES”, Cuarta Sala, *Informe de 1942*, p. 81; véase también “AGRARIO. INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN A SUS ANTECEDENTES Y OTRAS NORMAS”, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 72, séptima parte, p. 41. Cabe advertir que la referencia a las iniciativas presidenciales y a las exposiciones de motivos “legislativas” que sencillamente reproducían los motivos de aquéllas, eran indicio de algún grado de deferencia de la Suprema Corte a la voluntad del ejecutivo; *cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 116; y, del mismo autor, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 67-68.

³¹ “[Q]ue consiste en la información sobre las causas y fines sociales, políticos, económicos, culturales, etcétera, que se tuvieron en cuenta para [la] creación [de la ley], pues resulta lógico que a través de tales elementos se puede determinar su sentido”, Pleno, controversia constitucional 5/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 19 de septiembre de 2001, 2a. sección, con. VII, p. 36.

³² Por mencionar sólo algunos ejemplos: Pleno, amparo en revisión 337/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. V, enero de 1997, con. V, pp. 118 y ss; Pleno, controversia constitucional 31/97, *idem*, 9a. época, t. XI, enero de 2000, con. V, pp. 665 y ss; Pleno, controversia constitucional 14/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de junio de 2006, 2a. sección, con. VII, p. 53; Pleno, controversia constitucional 109/2004, *idem*, 24 de octubre de 2005, 3a. sección, con. VI, pp. 47-49; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2000, 29 y 30 de enero de 2002, con. V, pp. 92-97 y 101-102.

³³ Pleno, acción de inconstitucionalidad 1/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de junio de 2006, 2a. sección, con. VI, p. 13.

³⁴ Por mencionar sólo algunos ejemplos: Pleno, amparo en revisión 115/2003, 8 de abril de 2003, con. IV, pp. 67 y ss; Primera Sala, contradicción de tesis 150/2004-PS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, con. V, pp. 43 y ss; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 39/2006 y acums., *Diario Oficial de la Federación*, 27 de abril de 2007, 1a. sección, con. V, pp. 96-98.

históricos “no pueden estar por encima de la letra de una disposición legal, ni del sistema que prohija la misma”.³⁵

Quizá sólo en una primera etapa, con cierto ánimo independiente, la Suprema Corte haya dicho que “[s]i los tribunales fallan interpretando el espíritu de la ley, tal interpretación no importa violación de garantías, *si no se omite texto alguno aplicable al caso*”,³⁶ para luego dar paso como expusimos a privilegiar la “voluntad del legislador” y esforzarse por escudriñar todos los elementos (iniciativas, dictámenes, discusiones y exposiciones de motivos) a su alcance para encontrarla cuando no fuere expresada, o no estuviere clara, en el texto de la ley. A últimas fechas, la Corte rescató aquella vieja tendencia y estableció límites a la eficacia en la interpretación jurídica de los documentos integrantes del procedimiento legislativo, al señalar que carecen de la naturaleza de fuente jurídica y son simples auxiliares en la interpretación sólo en tanto sean persuasivos, ya que las normas jurídicas “sólo pueden estar contenidas en el *texto de la ley*”,³⁷ argumentando además que

si se pudiera adscribir a las normas un significado que nada tiene que ver *con el que razonablemente se puede desprender del texto legal (o constitucional)* que las contiene, se generaría una situación de inseguridad jurídica, en la que los gobernados no estarían en aptitud de conocer o prever de antemano su alcance.³⁸

Esta doctrina de autonomía del texto legal y el carácter meramente secundario de las exposiciones de motivos y otros, condicionado además a estar reflejados en aquél, llevó a la Corte a afirmar también que no es válido, so pretexto de una supuesta interpretación teleológica —para la que más se usan como instrumentos—, “introducir elementos contemplados durante el proceso legislativo, pero no reflejados en el cuerpo legal”,³⁹ acotando aún más el papel de éstos en la interpretación jurídica.

De lo dicho podemos concluir que la jurisprudencia mexicana posterior a 1917 concibió al inicio muy limitadamente a la interpretación, ampliándola en el mejor de los casos a los casos “oscuros” y como un simple reconocimiento de la voluntad legislativa; pero ahora admite que la interpretación es una labor que todo operador jurídico realiza necesariamente y, aun cuando no muy explícitamente, que en grado variable el intérprete puede incidir en ella. En cuanto al objeto de la misma, es decir aquel cuyo significado busca, también ha sido reubicado de la voluntad subjetiva del legislador a la que objetivamente éste plasmó en el texto de sus

³⁵ Pleno, acción de inconstitucionalidad 30/2005, *idem*, 4 de junio de 2007, 2a. sección, con. IV, p. 32.

³⁶ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XVI, p. 1133 (cursivas añadidas).

³⁷ “LEYES. ALCANCE DEL CONTENIDO DE LOS DOCUMENTOS QUE INTEGRAN EL PROCESO LEGISLATIVO PARA FIJAR SU SENTIDO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, febrero de 2005, tesis P. III/2005, p. 98 (cursivas añadidas).

³⁸ Amparo en revisión 1190/2004, *cit.*, nota 27, con. II, p. 21 (cursivas añadidas). La posición de la Suprema Corte también se adoptó por las mismas razones esenciales en “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEBATES DEL LEGISLADOR. NO FORMAN PARTE DE LA LEY”, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, octubre de 2003, tesis I.7o.A.55 K, p. 1008.

³⁹ “PROCESO LEGISLATIVO. LAS RAZONES EXPUESTAS POR LOS ÓRGANOS QUE PARTICIPAN EN ÉL Y QUE NO FUERON REFLEJADAS EN LAS DISPOSICIONES LEGALES PROMULGADAS EN EL DECRETO RESPECTIVO, NO FORMAN PARTE DEL CUERPO LEGAL DE UN ORDENAMIENTO, POR LO QUE EN SU INTERPRETACIÓN NO PUEDEN INTRODUCIRSE ELEMENTOS NO INCORPORADOS EN EL TEXTO DE LA DISPOSICIÓN LEGAL DE QUE SE TRATE”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, junio de 2007, tesis 1a. LXXXV/2007, p. 203.

disposiciones; teniendo esa actividad por último propósito hallar los fines del sentido normativo de las disposiciones legales y satisfacerlos en el caso concreto.⁴⁰

2. Metodología. Un ensayo de interpretación contemporánea del artículo 14 constitucional

Acorde con el positivismo imperante a principios del siglo XX, la Suprema Corte de Justicia de la Nación intentó desde la quinta época de su jurisprudencia establecer una metodología minuciosamente determinante para la interpretación jurídica. Compelida por la “ineludible necesidad de interpretar contenidos y alcances de leyes en pugna”, al percatarse de que la expresión volitiva del legislador no es tan perfecta como se decía, pretendió establecer bases que dirigieran el procedimiento de interpretación estableciendo algún camino que pudiera seguirse en ella; con este objetivo inició por establecer que, ineludiblemente, habrían de atenderse sucesivamente a la interpretación auténtica que el legislador hubiere dado al texto legal, a una composición entre los textos aparentemente contradictorios, a la orientación que den los principios y valores de normas jerárquicamente superiores —lo que es de gran significado para la actual “interpretación conforme a la Constitución”— y, como último recurso, “a la fuente simplemente ‘doctrinal’ que define [...] a los principios generales del derecho, a la filosofía y a las corrientes del pensamiento [jurídico] contemporáneo”.⁴¹

Décadas después y aunque no pertenecientes a la Suprema Corte, pueden encontrarse en la jurisprudencia referencias a las variedades metódicas clásicas de la interpretación jurídica (gramatical, lógica, sistemática o histórica), alentando como un deber de los juzgadores en su tarea su *uso conjunto y no en una aplicación establecida en una jerarquía rígida*, cuando se carezca —como generalmente sucede— de una interpretación auténtica del legislador o se trate de un problema que no pueda resolverse “fácilmente” por el “claro” sentido de la disposición de que se trate —teniendo a la interpretación, como se dijo, en sentido estricto—, siendo notable que su proponente fuera también el hoy ministro Góngora Pimentel;⁴² vemos así que la concepción moderna de nuestros tribunales sobre la interpretación jurídica, es considerarla como “la búsqueda *en el ordenamiento jurídico* de la regla adecuada para resolver la insuficiencia normativa” —y esto con particular referencia a la constitucional—.⁴³ Un gran mérito de los criterios que referimos es que ambos establecen que la interpretación de una disposición jurídica “no puede realizarse atendiendo únicamente a la letra del precepto (método gramatical) o [al] significado estrictamente técnico de la expresión”; asimismo, implican en alguna medida abandonar la creencia en un solo procedimiento o criterio “correcto” en sí mismo y de rígida aplicación en la interpretación jurídica, al reconocer la

⁴⁰ Véase “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN ‘INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL’ COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXI, abril de 2005, tesis 1a./J. 34/2005, p. 631.

⁴¹ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY, REGLAS DE LA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XCVIII, p. 2038.

⁴² “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA HACERLA”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 7a. época, vols. 217-228, sexta parte, p. 353; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 8a. época, t. VII, abril de 1991, p. 192.

⁴³ “MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis I.4o.A.438 A, p. 2363.

posibilidad de que el juez u otro operador puedan llevar a cabo esa actividad usando alternativa u oscilantemente uno u otro “punto de vista metódico”, como son precisamente concebidos en la actualidad los llamados “métodos” de interpretación.⁴⁴

La misma posición se mantiene esencialmente en los precedentes más recientes sobre la materia, de ahí que podamos afirmar en principio dos fundamentos metodológicos para la interpretación jurídica, reconocidos por los tribunales mexicanos: 1) la *primacía del texto jurídico integral*, por la cual “primero debe acudirse a la literalidad” de tales textos, “considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente”, que vinculan a los operadores “si éstos les brindan la solución buscada”; y 2) la *alternancia de “métodos” interpretativos*, en cuya virtud “no están obligados a aplicar un método de interpretación específico, por lo que válidamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto”.⁴⁵ Ambos puntos merecen un comentario más abundante.

Acudir a la letra del texto como parte del procedimiento de interpretación jurídica, no expresa más que lo evidente. Desde décadas atrás nuestros tribunales han coincidido en que “la primera de las reglas de la interpretación de la ley crea la exigencia de que aquélla est[é] regida, en primer lugar, por la interpretación gramatical del texto”, porque “[t]oda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal”⁴⁶ —teniendo como presupuesto, claro, la formación de una precomprensión del mismo—. El intérprete, según lo anterior, debe partir del significado “propio y natural”⁴⁷ de las palabras usadas en el texto de la ley, atendiendo primeramente a la definición “auténtica” que éste les otorgue e inclusive con auxilio de los diccionarios,^{48 y 49} valiéndose de los diferentes recursos que giran en torno a la semántica textual como el argumento *a contrario*.⁵⁰ Pero volvamos más adelante a este punto.

⁴⁴ *Supra*, cap. primero, § IV.2.B; y Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, p. 316.

⁴⁵ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, junio de 2004, tesis 1a. LXXII/2004, p. 234; “LEYES CIVILES. CUANDO SU TEXTO ES OSCURO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PUEDE UTILIZAR EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. XI/2007, p. 653; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN...”, *cit.*, nota 22.

⁴⁶ Larenz, *loc. cit.*, nota 44; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XVIII, p. 894; y “LEY INTERPRETACIÓN DE LA”, *cit.*, nota 17.

⁴⁷ “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, *cit.*, nota 14; e “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, *cit.*, nota 29.

⁴⁸ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 86, sexta parte, p. 50; e “INTERPRETACIÓN DE LA LEY. DICCIONARIOS COMUNES”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 7a. época, vols. 121-126, sexta parte, p. 105.

⁴⁹ Sin menospreciar su posible utilidad, el papel de los diccionarios en la interpretación jurídica es realmente muy limitado; *cf. supra*, cap. cuarto, nota 298. Sin embargo, es preciso señalar que la Suprema Corte frecuentemente se apoya en su labor interpretativa en diversos diccionarios, entre los que sobresale el de la Real Academia Española; véanse controversia constitucional 5/2001, *cit.*, nota 31, con. VII, p. 41; Pleno, controversia constitucional 53/2002, *Diario Oficial de la Federación*, 6 de diciembre de 2005, 1a. sección, con. IX, p. 99; Pleno, controversia constitucional 38/2003, *idem*, 19 de agosto de 2005, con. VI, p. 83; Pleno, consulta a trámite 1/2004-PL, 8 de mayo de 2006, con. V, pp. 72 y ss.

⁵⁰ *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 160; y “JUEZ DE DISTRITO. PUEDE INVOCAR PRECEPTOS LEGALES A CONTRARIO SENSU, PARA APOYAR SUS RESOLUCIONES”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis III.2o.C.18 K, p. 1827.

Más problemático es abordar la cuestión relativa a cuál es el método de interpretación “más adecuado” para solucionar un problema jurídico o, en otros términos, el criterio hermenéutico (literal, sistemático, histórico, teleológico) que debe prevalecer como el “correcto”. Lo que inmediatamente salta a la vista de la jurisprudencia mexicana en este aspecto es la *incipiente concepción dialéctica* que da a la interpretación jurídica; aunque todavía mantiene que la interpretación se rige por “métodos” carentes de relación entre sí y rígidamente separados, ya no se le concibe como un mecánico procedimiento realizable a través de una sola vía, sino como uno que puede tomar diversas vertientes y sentidos, cuya preferencia se establecerá por múltiples razones a fin de encontrar la “óptima adecuación” para la aplicación de la norma jurídica.⁵¹

De una u otra manera la interpretación jurídica comienza por el texto y lo circunda, de modo que toda actividad que merezca ese nombre debe tener algún asidero textual del cual se desprenda; aun el no tan infrecuente caso de que una conclusión interpretativa resulte contraria a la letra de una disposición, no puede ser admisible sino sólo cuando la sostenga una argumentación sistemática y valorativa, apoyada precisamente en alguna otra porción dispositiva por la cual se concluya que aquel enunciado no expresa la “verdadera intención” del “legislador”, mejor dicho un sentido normativo racionalmente aceptable. Por otra parte, siendo el fin de la interpretación establecer los propósitos del “catálogo jurídico”, de acuerdo a los cuales ha de regularse la situación concreta, el intérprete debe apreciar de manera completa dichos objetivos⁵² y, para ello, establecer el “verdadero sentido y alcance” que adquiere un enunciado en relación con los demás integrantes del texto del ordenamiento, pues de lo contrario habrían “consecuencias funestas” “que repugna[n] a la razón y a la correcta administración de la justicia”,⁵³ es decir, también es menester realizar la interpretación jurídica con un criterio sistemático y que la interpretación literal de una sola disposición, aislada y únicamente considerada, es sencillamente inadmisibles por no ser “adecuada” a la aplicación del derecho en general.⁵⁴

Como puede verse de los ejemplos anteriores, la interpretación jurídica no se limita a un criterio literal ni su realización sistemática excluye a éste, que puede estar implícito y resultando en la coincidencia con la primera interpretación gramatical de una disposición, sino que estos puntos de vista se encuentran —al igual que los métodos “histórico”, “genético” y demás— íntimamente engarzados por una *perspectiva teleológica*. Cuál es el “método más adecuado” en realidad es una cuestión que, ante la pluralidad de alternativas que arrojen los distintos puntos de vista que se tenga del texto, se resuelve atendiendo a los diversos fines y valores opuestos que cada una de ellas salvaguarda y estableciendo preferencia entre ellos.

Tales relaciones de prevalencia pueden imponerse por las llamadas directivas interpretativas de “segundo nivel”, aquellas que establecen cuál debe adoptarse de las de

⁵¹ Véanse *supra*, cap. primero, § IV.4; y cap. quinto, nota 101.

⁵² Véanse *supra*, notas 17 y 36.

⁵³ “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXV, p. 1127; “LEY PENAL INTERPRETACIÓN DE LA”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. CXIX, p. 2612; “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Pleno, *idem*, 8a. época, t. II, primera parte, julio a diciembre de 1988, p. 22; “LEYES. INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS”, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, *idem*, 8a. época, t. XII, octubre de 1993, p. 446; y “CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA. SU ESTUDIO DEBE REALIZARSE DE FORMA SISTEMÁTICA, SIN ANALIZAR AISLADAMENTE EL PRECEPTO CUESTIONADO”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, octubre de 2003, tesis I.1o.A.102 A, p. 920.

⁵⁴ “FACULTADES EXPRESAS DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE SE ESTABLEZCAN LITERALMENTE EN LA CONSTITUCIÓN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 216, p. 258.

“primer nivel” que indican cómo dar significado a un determinado texto;⁵⁵ así, como vimos, atendiendo a los fines de todo el ordenamiento, una directiva de segundo nivel puede establecer que se prefiera una interpretación “sistemática” a una “literal” aislacionista. Obviamente, encontrarnos a las alturas tiene como presupuesto que la “letra de la ley” o un inicial “nivel hermenéutico” dé por resultado que una o varias de sus posibles “interpretaciones jurídicas” —para usar el lenguaje del artículo 14 constitucional—, *no dan una respuesta concluyente sobre el sentido más aceptable de la(s) disposición(es) interpretada(s)*; tal es la hipótesis de un “cruce de métodos”⁵⁶ que más bien es una simple compulsión que, en un contexto de descubrimiento, lleva a concluir si distintos puntos de vista arrojan un mismo resultado interpretativo o no lo hacen, en cuyo caso llevan a la necesidad de determinar cuál de ellos debe prevalecer usando determinadas directivas de “segundo nivel” que indiquen al “más adecuado”.

Éstas, definitivas en última instancia para la interpretación jurídica, son precisamente aportadas por una particular *ideología* que consiste en un conjunto de proposiciones éticas y axiológicas, explícita o implícitamente formuladas por el mismo ordenamiento, tanto en cuanto a los valores que materialmente contiene como a su concepción de la interpretación y del papel que corresponde a los operadores jurídicos.⁵⁷ La formación de tal ideología corresponde a nuestros “principios generales del derecho”.⁵⁸

No obstante el papel limitado a la mera supletoriedad del texto legal, que según la tradición da a éstos el artículo 14 constitucional, podemos sostener su papel protagónico en la interpretación jurídica mexicana. Como sostiene la teoría contemporánea, los principios del derecho son fundamento de todas las normas jurídicas y no simples recursos subsidiarios; al encontrarse “anclados” en una o varias disposiciones textuales, su invocación e influencia por medio de la referencia a éstas, puede tenerse como una “interpretación jurídica” de la “letra de la ley” y, de esta manera, avalar resultados “correctos” aunque contrarios a alguna disposición expresa.⁵⁹ En la formulación de los “principios generales” y por lo tanto en el juicio, adquiere un papel relevantísimo la dogmática jurídica, sobre el cual profundizaremos en la sección inmediata.⁶⁰

3. *La doctrina en la jurisprudencia*

El conjunto de fuentes normativas que integran los principios generales del derecho, según ha reconocido la jurisprudencia —también propuesta por el ministro Góngora Pimentel⁶¹—, no se integra solamente por “principios” y “valores” extraídos *ad libitum* del ordenamiento, ni su función se agota en una mera integración de la ley a falta de disposición expresa; también

⁵⁵ *Supra*, cap. primero, nota 262.

⁵⁶ A esta técnica recurrió la Suprema Corte, pero en un contexto de justificación y no de descubrimiento, para afirmar que la Constitución permite al Presidente vetar el presupuesto de egresos aprobado por la Cámara de Diputados, en la controversia constitucional 109/2004 (*cit.*, nota 32, 3a. sección, con. VI, p. 48).

⁵⁷ *Supra*, cap. primero, § IV.3.

⁵⁸ Véase “PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. L, p. 283.

⁵⁹ Véase *supra*, nota 20.

⁶⁰ Puede verse un catálogo esencial de “principios generales del derecho” en Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 14”, en Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. III, p. 110.

⁶¹ Por los importantes criterios sobre el tema de los que fue ponente, creemos no exagerar diciendo que el ministro Góngora Pimentel ha tenido un destacado papel en la formación de los perfiles actuales de la interpretación jurídica en nuestro país. *Cfr.* Cortés Ontiveros, *op. cit.*, nota 1, pp. 65-66.

forman parte de ellos los “*dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico*”, que indican los lineamientos filosóficos del derecho en los que se basan tales “principios” y “valores”,⁶² y entre sus funciones también se encuentra “la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho”.⁶³ Lo anterior tiene dos graves consecuencias, relacionadas con las imperantes teorías general del derecho y específica de cada materia jurídica (dogmática constitucional, penal, etc.): de éstas derivan nada menos que las *directivas interpretativas de “segundo nivel”* que definirán cuál alternativa de atribución de significado debe prevalecer sobre otra(s) y dichas posiciones teóricas forman la *precomprensión* del intérprete como paso inicial e inevitable del procedimiento hermenéutico,⁶⁴ que no sólo requiere la atribución de significado a una disposición sino asimismo la búsqueda de los “principios generales del derecho”.

Salvo algunos llamamientos, obviamente académicos,⁶⁵ en México la doctrina jurídica —“teórica” y “dogmática”— ha sido tradicional y generalmente menospreciada, cuando no abiertamente rechazada, como referente en la aplicación jurídica y particularmente en el juicio. Como veremos a continuación, la evolución de las funciones de la doctrina en la aplicación judicial del derecho en México, ha tenido una interesante evolución.

En sus primeras resoluciones de la quinta época, la Suprema Corte terminantemente excluyó a la doctrina como fuente jurídica, dejando como último recurso de la interpretación acudir a los “principios generales del derecho”; si bien es generalmente correcto afirmar que la opinión de tal o cual jurisconsulto carece de “la fuerza de una ley”, dicho criterio soslayó del todo que la dogmática juega un papel determinante —que ya pusimos de relieve— en la formulación de dichos principios generales del derecho.⁶⁶ Algunos años después, la Corte flexibilizó su criterio y llegó a reconocer que las opiniones doctrinales pueden ser una “guía provechosa para el juzgador”, en tanto le ayuden a interpretar la normatividad aplicable y “d[en] el contenido a una norma legal”; es decir, resulta útil en el aspecto de que sean auxiliares para esclarecer el significado de las disposiciones jurídicas,⁶⁷ no en tanto se trate de consideraciones *de lege ferenda* o carentes de relación con los textos legales o, francamente,

⁶² *Supra*, nota 41 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁶³ “PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. III, segunda parte-2, enero a junio de 1989, p. 573.

⁶⁴ Recuérdese que en la precomprensión del intérprete no va necesariamente arbitrariedad, siendo así contraria al principio de objetividad que rige la función jurisdiccional. El operador jurídico sencillamente *no puede dejar de ver el derecho y apreciar el caso particular desde el horizonte que ante él perfilan conjuntamente su formación, experiencia y procedencia vital*; sólo desde esa perspectiva puede dar con “las razones que el derecho le suministra”. Véase “LAUDOS. LA FACULTAD DE LAS JUNTAS DE DICTARLOS A VERDAD SABIDA, BUENA FE GUARDADA Y APRECIANDO LOS HECHOS EN CONCIENCIA, NO LAS AUTORIZA PARA INOBSERVAR EL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD QUE IMPERA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis IV.3o.T.244 L, p. 1680.

⁶⁵ Por ejemplo: Burgoa, Ignacio, *El jurista y el simulador del derecho*, 4a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 27-31; y Dorantes Tamayo, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 15-18.

⁶⁶ *Supra*, nota 58; y “TRATADISTAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXIII, p. 996.

⁶⁷ Véanse “RESOLUCIONES. NO DEBEN APOYARSE FORZOSA Y NECESARIAMENTE EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA”, Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, *idem*, 8a. época, t. XII, julio de 1993, p. 289; “CONCEPTOS DE NULIDAD APOYADOS EN LA DOCTRINA, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 8a. época, t. VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 485; y “BUENA FE EN MATERIA ADMINISTRATIVA. ESTE CONCEPTO NO SE ENCUENTRA DEFINIDO EN LA LEY, POR LO QUE DEBE ACUDIRSE A LA DOCTRINA PARA INTERPRETARLO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis IV.2o.A.119 A, p. 1724.

los contradigan; en esencia, esta última opinión ha perdurado hasta los últimos tiempos, aunque no sin dificultades para armonizar su utilidad con su exclusión como fuente de derecho.⁶⁸

La utilidad de los postulados teóricos ya no es negada en la actualidad sino tenida como “práctica reiterada en la formulación de sentencias” al ser un instrumento del que puede echar mano el juzgador para “aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto”, siempre bajo la condición de que dicho apoyo tenga justificación mediante la expresión de las razones que dicho operador tenga para que le formen convicción.⁶⁹ Así, aunque no tienen el carácter de fuente jurídica, los “criterios reconocidos o imperantes en el ámbito cultural y normativo conforme al desarrollo de la ciencia jurídica” pueden orientar a la argumentación de los tribunales, siempre bajo la responsabilidad de los juzgadores de justificar su aceptación;⁷⁰ lo que se demuestra por las múltiples ocasiones en que nuestros tribunales han acudido a la doctrina para solucionar los problemas que enfrentan al aplicar las disposiciones legales⁷¹ y, aunque no muy frecuentemente de manera expresa, también las constitucionales.⁷²

⁶⁸ “DOCTRINA”, Tercera Sala, *Informe de 1935*, p. 42; “DOCTRINA, INAPLICABILIDAD DE LA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. CXXXVIII, segunda parte, p. 16; “DOCTRINA. NO ES DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA”, Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *idem*, 8a. época, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 295.

⁶⁹ “DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIII, mayo de 2001, tesis 2a. LXIII/2001, p. 448.

⁷⁰ “DOCTRINA. LA CITA O INVOCACIÓN DE UNA POSICIÓN TEÓRICA DETERMINADA NO IMPLICA QUE SEA ACERTADA, NI OBLIGATORIA PARA LOS ÓRGANOS JUDICIALES”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis II.2o.P. J/24, p. 1436.

⁷¹ Por ejemplo: “LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, ARTÍCULO TERCERO. ESTE ORDENAMIENTO JURÍDICO, TIENE COMO FIN BÁSICO LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES, TENDIENTES A EVITAR PRÁCTICAS MERCANTILES LESIVAS EN PERJUICIO DE ÉSTOS. (RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LA EMPRESA CONCESIONARIA DEL TRANSPORTE Y EL CONSUMIDOR)”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. I, segunda parte-2, enero a junio de 1988, p. 794; “AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. COMPETENCIA DE LAS. PUEDE ESTABLECERSE TAMBIÉN EN UN ACUERDO DELEGATORIO DE FACULTADES”, Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. II, agosto de 1995, tesis VI.3o.6 A, p. 472; “LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ES UN PRESUPUESTO PROCESAL Y NO UNA CONDICIÓN DE LA ACCIÓN”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXIII, enero de 2006, tesis IV.2o.C.39 C, p. 2408; “TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO. SU NATURALEZA JURÍDICA”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis IV.1o.C.57 C, p. 1929; y “RETRACTO. A TRAVÉS DE ÉL, SE PRODUCE UN ACTO JURÍDICO CONOCIDO COMO CESIÓN DE CONTRATO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXIII, mayo de 2006, tesis IV.2o.C.47 C, p. 1868.

⁷² Segunda Sala, amparo directo en revisión 1124/2000, *idem*, 9a. época, t. XIII, mayo de 2001, con. V, pp. 322 y ss (atendiendo a “lo que sobre la cláusula de exclusión sostienen [...] ilustres pensadores” como: Martín Brugarola, Mario de la Cueva, Euquerio Guerrero, José Dávalos, Baltasar Cavazos y Néstor de Buen; de este asunto deriva el criterio referido en la nota 69 anterior); Pleno, acción de inconstitucionalidad 37/2001 (voto particular del ministro Gudiño Pelayo), *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2004, 2a. sección, p. 63 (Tania Groppi); controversia constitucional 14/2001, *cit.*, nota 32, con. X, p. 81 (Salvador Valencia Carmona); Pleno, controversia constitucional 82/2001 (voto de minoría de los ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Silva Meza), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, pp. 727 y ss (De la Cueva, Felipe Tena Ramírez, Elisur Arteaga, Ignacio Burgoa, Luis Recaséns, Georg Jellinek y Carl Schmitt); Segunda Sala, amparo en revisión 123/2002, 4 de octubre de 2002, con. III, pp. 38 y ss (De la Cueva, Jellinek, Tena Ramírez, Arteaga, Burgoa y James Bryce); controversia constitucional 38/2003, *loc. cit.*, nota 49

El papel de la doctrina en el juicio mexicano ha transitado, al menos jurisprudencialmente, de ser un simple elemento de mero “interés académico”⁷³ a tener una gran relevancia en la interpretación jurídica constituyéndose en guía para establecer los postulados más generales del derecho y su aplicación, a pesar de todos los problemas que plantea —eficacia supeditada a la ley, difícil control, etc.— pero que no le privan de importancia. Ya que “[d]escalificar sin matices la posible utilidad de la teoría para solucionar un caso complejo es una postura criticable”,⁷⁴ este cambio de percepción sobre este elemento jurídico es, además, loable porque implica una mayor apertura en la actividad jurisdiccional.

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

1. *Bases metodológicas*

Aunque se ha dicho la interpretación constitucional “difiere esencialmente” de la de disposiciones ordinarias, “en razón no únicamente de su jerarquía, sino de sus contenidos”, ya que el lenguaje de la ley fundamental “exige una recreación [...], para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación”,⁷⁵ la jurisprudencia mexicana muestra que fundamentalmente la interpretación de la Constitución no difiere mucho en realidad. Sin duda ella presenta una mayor complejidad que la realizada a la ley u otros elementos ordinarios, pero tal no es razón suficiente para decir que es “diferente”; aun la frecuente necesidad que se tiene en la interpretación constitucional de “recrear” los contenidos indeterminados de la ley fundamental, también puede darse aunque con menor frecuencia en la ley ordinaria dada la mayor concreción de ésta.⁷⁶

El Pleno de la Suprema Corte ha señalado a grandes rasgos que en la interpretación constitucional puede acudirse a cualquiera de los métodos de interpretación “en el orden que el grado de dificultad para interpretar la norma lo exija o así resulte jurídicamente conveniente”, sin llegarse al extremo de agotarlos ya que bastaría que se aclare el significado de sus disposiciones por alguno de ellos “para que [éste] se considere suficiente y del todo válido para lograr el objetivo buscado”.⁷⁷ Exactamente lo mismo sostuvo ese tribunal para la interpretación de la ley ordinaria cuando habló de la búsqueda del método “más adecuado para resolver el caso concreto”,⁷⁸ al criterio que comentamos, por supuesto, se pueden hacer las mismas observaciones que formulamos arriba y hablar también de una concepción “dialéctica” de la interpretación constitucional, procedimiento que en última instancia se orienta por una particular “ideología” de los fines materiales y formales de la Constitución y lo que ella representa, o sea de una particular “teoría constitucional”, para sistematizar la aplicación de los cánones de interpretación y hallar el método “jurídicamente más conveniente”, que además sirva para la formación de la precomprensión del intérprete sobre el texto constitucional y el

(Ignacio Galindo Garfias); Pleno, acción de inconstitucionalidad 18/2005 (voto particular del ministro Gudiño Pelayo), *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2004, 2a. sección, pp. 39-40 (Joaquín Brage Camazano, Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, José Ramón Cossío Díaz y Groppi); e *infra*, notas 216 y 217.

⁷³ “DOCTRINA. NO ES...”, *cit.*, nota 68.

⁷⁴ Carbonell, *op. cit.*, nota 4, p. 692.

⁷⁵ *Supra*, nota 23.

⁷⁶ Véanse *supra*, cap. segundo, §§ I.1 y IV.

⁷⁷ “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. BASTA CON QUE SE UTILICE UNO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL PARA QUE SE CUMPLA CON EL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P. XVIII/2007, p. 16.

⁷⁸ *Supra*, nota 45.

problema a resolver en el caso concreto, lo que quizá sea aún más importante.⁷⁹ De tal modo, aunque esencialmente el procedimiento de interpretación constitucional no difiere del meramente legal, sí pueden advertirse algunas características específicas de aquélla, derivadas de la gran apertura de las expresiones de la ley fundamental, que corroboran la especial relevancia que tienen para ella una consistente ideología sobre la Constitución que le sirva de guía.

La constitucional, como cualquier otra interpretación, también se rige por la *primacía de la literalidad del texto* sobre el que recae —una manifestación hermenéutica del de jerarquía normativa—; esta superioridad se refleja primeramente, al igual que en la interpretación jurídica ordinaria, en la prevalencia del sentido de las disposiciones textuales de la Constitución frente a las posibles manifestaciones de voluntad en contrario, expresadas en el respectivo proceso constituyente o de reforma.⁸⁰ En este tenor, la Suprema Corte ha enfatizado que “[n]o [puede], por tanto, interpretar el texto constitucional en contra de la voluntad del constituyente o del órgano de reforma constitucional *establecida en texto expreso*”⁸¹ y que —no pudiendo ser de otra manera— la interpretación literal es el “método al que acude *en principio* [...] para desentrañar el alcance de todo precepto constitucional”.⁸²

Pero no sólo porque una simple interpretación literal no es idónea en general para la aplicación jurídica, sino además porque sería completamente “inadecuada” a las normas generalísimas de la ley fundamental ya que desarticularía el sistema previsto por el Constituyente, también es forzoso en esta materia acudir a una perspectiva *sistemática* para que se descubra y “se aprecie en forma cierta el *sentido y teleología* de [los principios e instituciones fundamentales] para una correcta interpretación y aplicación de los mismos”.⁸³ Es así que, al menos en un aspecto formal —que no considere su contenido material— es la teleológica que atiende a la promoción de los fines y valores constitucionales, la interpretación “correcta” de la Constitución,⁸⁴ lo que como veremos en seguida corrobora la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Desde luego, lo problemático de la interpretación constitucional es establecer con certeza, ante la oscuridad del texto fundamental, los objetivos normativos de sus regulaciones. Para ello, la Suprema Corte ha recurrido al “método genético-teleológico” e indagado en las iniciativas y demás elementos del proceso constituyente o de reforma que originó una disposición constitucional, cuáles fueron las causas y los “valores o instituciones que se

⁷⁹ Véanse Cossío Díaz, *La teoría...*, cit., nota 30, p. 18; y *supra*, cap. quinto, notas 15 y 73.

⁸⁰ Pleno, controversia judicial federal 1/2005, 11 de octubre de 2005, con. III, pp. 98-99 (invocando la tesis P. III/2005 citada en la nota 37 anterior).

⁸¹ Pleno, controversia constitucional 24/2005, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de abril de 2006, 1a. sección, con. VII, p. 46 (cursivas añadidas).

⁸² “INSTITUCIONES DE CRÉDITO. ALCANCE DE LA RESTRICCIÓN DE SU CAPACIDAD PARA ADQUIRIR Y ADMINISTRAR BIENES RAÍCES PREVISTA EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN LITERAL Y SISTEMÁTICA)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 29, p. 49.

⁸³ “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL ANÁLISIS PARA RESOLVER EL CONFLICTO SUSCITADO ENTRE DOS NIVELES DE GOBIERNO IMPLICA EL ESTUDIO TANTO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS, COMO DE LA MOTIVACIÓN Y CAUSA GENERADORA QUE LLEVÓ AL LEGISLADOR A ELEVARLOS A RANGO CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VII, febrero de 1998, tesis 2a. XIII/98, p. 337 (cursivas añadidas). Como ejemplo véase: “EXTRANJEROS. GOZAN DE LOS DERECHOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL QUEDAR SUJETOS A LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO MEXICANO”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis 2a. CVI/2007, p. 637.

⁸⁴ *Cfr.* Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 394-397.

quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor”.⁸⁵ Con lo anterior, nuestro tribunal constitucional parece indicar que es taxativo en la interpretación constitucional indagar la “voluntad histórica” del autor de la ley fundamental y ceñirse a ella,⁸⁶ máxime que en una jurisprudencia posterior aparentemente indicó que sólo podría acudirse a la interpretación “histórica progresiva” “de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación [del procedimiento legislativo]”⁸⁷ y, en otras ocasiones, ha indicado que no le corresponde suplantar al Constituyente —o a los órganos de poder bajo su control jurisdiccional— incluso ante la probable obsolescencia económica, política o social de la disposición que interpreta.⁸⁸ En este punto parece que el papel de los elementos del procedimiento legislativo no es tan secundario como se ha dicho y que la interpretación histórica tampoco es tan soslayable como pudiera pensarse; en realidad ello no es así, pues una reflexión más detenida sobre la cuestión nos hace apreciar algunos matices en ella.

El método “genético-teleológico” es sin duda sumamente útil para establecer las diferentes dimensiones hermenéuticas de un texto constitucional y aportar al intérprete un horizonte más amplio,⁸⁹ pero el significado dado a una disposición en el pasado —aunque excepcionalmente— puede ser “insostenible” en la actualidad por la variación de las circunstancias y exigir, precisamente para salvaguardar los valores que tuvo en mente el Constituyente, que se modifique el alcance de su contenido normativo —ampliándolo o restringiéndolo— “*hasta donde su texto lo admite*”.⁹⁰ El problema entonces puede plantarse en las siguientes cuestiones: ¿Puede eludirse una *específica* voluntad normativa del

⁸⁵ “INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VII, abril de 1998, p. 117. La Corte alude constantemente a este criterio para rechazar una interpretación estrictamente literal y aislada de un precepto constitucional, lo que no es un simple “dato curioso” sino lleva a concluir —a pesar de su divulgación como “tesis aislada”— su carácter de *jurisprudencia vinculante*, tanto por su simple reiteración como por la clase de asuntos en que se ha invocado: controversia constitucional 14/2001, *cit.*, nota 32, 2a. sección, con. VII, p. 52; acción de inconstitucionalidad 26/2004, *loc. cit.*, nota 32; Primera Sala, amparo directo en revisión 600/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, con. V, pp. 327 y ss; y Primera Sala, amparo en revisión 337/2001, 30 de enero de 2002, con IV, pp. 108-109 y 123 (implícitamente al confirmar la interpretación histórica del *a quo*, quien sí se apoyó directamente en ese criterio). Véase “SENTENCIA. CUANDO EL JUEZ CITA UNA TESIS PARA FUNDARLA, HACE SUYOS LOS ARGUMENTOS CONTENIDOS EN ELLA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 400, p. 344.

⁸⁶ Véase “MATERIA ELECTORAL. PARA ESTABLECER SU CONCEPTO Y ACOTAR EL CAMPO PROHIBIDO A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, SE DEBE ACUDIR AL DERECHO POSITIVO VIGENTE Y SEGUIR COMO MÉTODO INTERPRETATIVO EL DERIVADO DE UNA APRECIACIÓN JURÍDICA SISTEMÁTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. II, diciembre de 1995, tesis P. CXXVII/95, p. 238.

⁸⁷ “INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 31, p. 53.

⁸⁸ Pleno, controversia constitucional 22/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, mayo de 2004, con. VI, pp. 607 y ss; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, *idem*, 9a. época, t. XVII, enero de 2003, con. IX, pp. 1147 y ss.

⁸⁹ “Algún sociólogo sostuvo que ‘Somos ya muy viejos cuando nacemos’, traigo esta frase a colación, porque leer los artículos de la Constitución vigente sin que nos importe su historia, sus antecedentes, qué se pensó sobre estos problemas constitucionales en las exposiciones de motivos, en la antigua doctrina y más habiendo artículos actuales que son similares a los de la Constitución de 1857, sería ir ciegos, como si hubiéramos nacido con la Constitución vigente, cuando varios de sus artículos vienen de lejos de hace muchos años”. Controversia constitucional 109/2004 (voto particular del ministro Góngora Pimentel), *cit.*, nota 32, 3a. sección, p. 56.

⁹⁰ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CIV, p. 984 (cursivas añadidas).

Constituyente, resultante de la indagación del procedimiento legislativo, ante los requerimientos de la vida social actual? ¿Permite la jurisprudencia,⁹¹ ante la suficiencia de dichos elementos, la “interpretación progresiva” que casi sin restricciones admitió una tesis aislada para evitar la “tragedia jurídica” de un ordenamiento jurídico petrificado frente a una “perenne [e inevitable] movilidad de la sociedad”? Opinamos que sí.

La ejecutoria que dio origen a la jurisprudencia que referimos señala que en la interpretación de la Constitución deben tomarse en consideración “las condiciones que existen al tiempo de su [...] aplicación, a la luz de los fines que informan la Ley Suprema”;⁹² a partir de lo anterior, puede admitirse la exclusión del sentido normativo que *concretamente* haya formulado el Constituyente pero que, de aplicarse en tiempo presente por algún cambio histórico, afectaría el valor o principio *general* cuya tutela pretendió, con menoscabo de las mismas supremacía y eficacia constitucionales.⁹³

Además, un cambio interpretativo en lo *particular* como el que apuntamos, respetuoso del texto de la disposición a que se adscribe y de los fines generales del legislador constitucional, si bien varía el entendimiento específico del texto fundamental, no modifica totalmente su significado, y así de algún modo seguimos ante la “misma” norma jurídica.⁹⁴ Asimismo, lejos de salir perjudicados, se corroboran los postulados que referimos con anterioridad, concretamente los relativos a la primacía del texto constitucional, el papel meramente auxiliar de los elementos del procedimiento legislativo, la autoridad compartida entre el autor y el intérprete,⁹⁵ y la orientación teleológica de la hermenéutica de las disposiciones fundamentales.

En el amparo directo en revisión 600/99, la Primera Sala de la Corte acuñó lo que podríamos tener como un “*credo de interpretación constitucional*”, en el cual se sintetizan las consideraciones anteriores. A pesar de su longitud, creemos conveniente reproducir este pasaje:⁹⁶

...como regla general a seguir en todo análisis sobre un precepto constitucional, [éste] debe hacerse con estricto apego a una hermenéutica jurídica sustentada en una *interpretación sistemática, armónica, integral y flexible* del contenido normativo, a fin de vislumbrar los *objetivos últimos perseguidos por el Constituyente*, porque la actividad del intérprete de un precepto constitucional no puede encerrarse en un positivismo formalizado, sino que debe estar dirigida a desentrañar los fenómenos sociales y políticos preexistentes que inspiraron al Constituyente para conformar y regir la realidad jurídica en que se encuentra un país o un pueblo determinado, por tanto, su interpretación exige *ajustar su contenido y alcances a las exigencias impuestas para su conveniente aplicación, destacando los valores y principios inherentes a su naturaleza*, para convertir a esa norma escrita en una expresión del derecho vivo y eficaz, como resultado no sólo

⁹¹ *Supra*, nota 87.

⁹² *Cfr. infra*, nota 96. Véase “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ QUE SE HAGAN VALER DEBE EFECTUARSE A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL VIGENTES AL MOMENTO DE RESOLVER”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 2, p. 126.

⁹³ Véase Nava Gomar, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003, pp. 317-319.

⁹⁴ *Cfr. Larenz, op. cit.*, nota 44, p. 202.

⁹⁵ *Supra*, cap. quinto, § I.2.B.

⁹⁶ *Cit.*, nota 85, con. V (cursivas añadidas). Este pasaje es parcialmente similar al expresado por el Pleno de la Suprema Corte en el amparo en revisión 2295/98 (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. X, diciembre de 1999, con. IV, pp. 413 y ss), del que proceden sus jurisprudencias 57/2000 y 61/2000 (*cit.*, notas 82 y 87 respectivamente); usamos la referencia de la Primera Sala por parecernos que dada su posterioridad su redacción es más acabada y se expone en un orden más claro.

del pensamiento y voluntad del Constituyente que yace en ella, sino también de la búsqueda del fin que se persigue con la norma para la consecución de postulados fundamentales del derecho.

...para interpretar un precepto constitucional, *no se puede ni se debe limitar a atender el sentido gramatical de su texto*, [...] ya que ello implicaría incurrir en posiciones aisladas, y en su caso, contradictorias [...] y sería prácticamente imposible desentrañar [su] intención y finalidad normativa [...], ya que *la letra no siempre es la expresión cabal del propósito del legislador* y el juzgador tiene la obligación de que [...] al decir el derecho, no diluya o contradiga los propósitos o finalidades contenidos en el precepto constitucional.

...la Constitución Política es un instrumento permanente de gobierno y al interpretar uno de sus preceptos debe tomarse en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también *las condiciones que existen al tiempo de su interpretación y aplicación, a la luz de los fines que informan la Ley Suprema...*

En efecto, la Constitución establece normas fundamentales que en sus preceptos aseguran la estabilidad y certeza, que son necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico, y en ocasiones determinadas previsiones constitucionales, por la materia que regulan, son *redactadas por el Constituyente con el fin de que su contenido pueda ser ajustado a las nuevas condiciones sin experimentar un cambio sustancial*, circunstancia que brinda mayor fuerza al principio de estabilidad de la preceptiva constitucional.

Por ello, ante un precepto constitucional que *por su redacción* permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias ya sean jurídicas, económicas, sociales o políticas, [...] debe atenderse, precisamente, *a esas circunstancias*; sin que la interpretación relativa permita desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecerlo, lo cual ocasionaría una violación de la Carta Magna, cimienta de todo el orden jurídico que tiene la capacidad necesaria para gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias diferentes a las que existían en tiempos de sanción.

Además, dado que la interpretación constitucional es dar efecto a la intención del Constituyente, y esta intención debe resultar *tanto de la letra como del espíritu del precepto* fundamental, cuando el lenguaje de la Constitución admite varias interpretaciones debe adoptarse *aquella que mejor haga efectivo el propósito del Constituyente*, pues las disposiciones constitucionales deben recibir una *interpretación más amplia y liberal* que los preceptos de una ley ordinaria, ya que la interpretación constitucional no puede conducir, con exactitud matemática, a extremos lógicos. Los preceptos constitucionales no son fórmulas matemáticas que tienen su esencia en la forma, sino que son *instituciones orgánicas vivientes*, su significado es *vital*, no formal y debe ser determinado, sin dejar de tomar en cuenta su origen y su desenvolvimiento y no simplemente el significado literal de sus palabras.

Como último comentario, la “flexibilidad” de la interpretación constitucional de la Suprema Corte, ha resultado en ocasiones en la “sobreinterpretación”⁹⁷ del texto de la ley fundamental. Ejemplos notables de ello son, en nuestro concepto, el descubrimiento de la “presunción de inocencia” como principio constitucional y el derecho fundamental a la vida de la persona en gestación.

El primer caso no representa mayor problema. De acuerdo con su interpretación “armónica y sistemática”, la Corte concluyó de lo dispuesto en los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 constitucionales, que “los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio [que contienen,] resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia”,⁹⁸ dando de este modo rango constitucional a un postulado que en nuestro

⁹⁷ Véase *supra*, cap. quinto, § II.2.B.

⁹⁸ “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, agosto de 2002, tesis P. XXXV/2002, p. 14.

ordenamiento solamente preveían expresamente los tratados internacionales⁹⁹ —y alguna ley penal “innovadora”—, con la consabida dificultad de lograr su aplicación por los tradicionales desconocimiento y reticencia al derecho internacional en nuestro medio y, además, añade a nuestro ordenamiento una norma cuya pleno alcance aun no se define.

Más complejo fue el segundo no sólo por su difícil tema —la impugnación de la “Ley Robles” que “despenalizó” causales de aborto— sino por la intrincada argumentación que siguió la Corte. Inició concluyendo que el artículo 14 constitucional “reconoce como derecho fundamental inherente a todo ser humano, el derecho a la vida y [...] protege toda manifestación de vida humana” pero, ante la precariedad de esta norma debida a la dificultad de tener como “ser humano” al producto de la gestación, buscó apoyo en el artículo 4o. para sostener que éste protege la salud del producto de la concepción; pero realmente determinante fue la conclusión que obtuvo del artículo 123 de la ley fundamental —como es sabido, dirigido a normar relaciones *laborales* que explícitamente sólo da derechos a la madre— relacionado con el principio de igualdad y el derecho a la salud, pues de ahí notó que la única distinción por género válida en materia de trabajo es la gravidez de la mujer, concluyendo que esa norma “atiende a la protección de la vida de dicho producto [de la concepción]”, que “es claro que el producto de la concepción sí se encuentra protegido constitucionalmente” —más adelante incluye al derecho internacional y a leyes ordinarias, pero analizaremos este punto posteriormente¹⁰⁰— y que “de todos los artículos señalados con anterioridad, se desprende válidamente que la Constitución Federal, sí protege la vida humana y de igual forma [...] al producto de la concepción”.¹⁰¹

2. *La jurisprudencia de la Suprema Corte*

Hasta hace apenas algunas pocas décadas, en México prácticamente no había estudios exclusivamente relativos a la jurisprudencia; se encontraban sobre el tema sólo secciones los tratados y manuales del juicio de amparo, que veían en aquélla un tema incluso secundario en el estudio de este proceso, merecedor de tocarse sólo por comentar las disposiciones de la ley reguladora de ese proceso, aunque en ellos obviamente hubieron excepciones notables que sí le dieron algo de la importancia que merece. Quizá en ello tuvo qué ver el desconocimiento de esta institución causada por la ineficiente publicación y distribución del *Semanario Judicial de la Federación*:¹⁰² sobre todo en ciudades alejadas del Distrito Federal era prácticamente imposible adquirirlo con regularidad o consultarlo en una colección completa, y eso sin hablar de su costo;¹⁰³ pero sin duda igual o más determinante fue el desprecio que académica y

⁹⁹ Arts. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰⁰ *Infra*, §§ IV.3 y IV.5.

¹⁰¹ Acción de inconstitucionalidad 10/2000, *cit.*, nota 32, con. V, pp. 86-103. Es pertinente señalar que esta conclusión se sintetizó en las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002, no en tesis aisladas, porque contó con el voto favorable de más de ocho ministros; la discrepancia al resolver este asunto fue respecto a si las normas impugnadas vulneraban el derecho a la vida del producto de la concepción.

¹⁰² En materia electoral es un gran paso la creación de la *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis Relevantes en Materia Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, dispuesta por el acuerdo general de la Sala Superior de este órgano, publicado en *Diario Oficial de la Federación*, 11 de octubre de 2007, 1a. sección, pp. 44-46.

¹⁰³ Muchos recordamos la época en que la jurisprudencia se conocía y usaba, académica y profesionalmente, según la suerte que uno tuviera de toparse con ella por referencia de la doctrina o alguna autoridad; y en la que

profesionalmente tuvo la jurisprudencia, al grado de que la generalidad de los juristas ignoraban sus pormenores más allá, en el mejor de los casos, de conocer su (relegada) vinculatoriedad y sus formas de integración.¹⁰⁴

La anterior situación parece haber cambiado. La moderna accesibilidad del sistema IUS del Poder Judicial de la Federación, y al principio también la del “Vallarta” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que permiten un conocimiento ágil y eficiente de los criterios de nuestros tribunales, y el protagonismo que éstos —la Corte y el Tribunal Electoral federal son los mejores botones de muestra— han adquirido en los últimos años; han dado un papel relevante a la jurisprudencia en la investigación y la aplicación jurídica mexicana de nuestro tiempo. Sin embargo, en nuestro medio aún quedan muchos aspectos inexplorados de esta institución, que más temprano que tarde —si no lo hacen ya— exigirán precisiones y puntos de vista diferentes a los tradicional e inertemente imperantes.

Tanto para este trabajo como por su importancia en la práctica jurídica,¹⁰⁵ es preciso tener alguna claridad sobre la diferencia entre las *ejecutorias* de los tribunales y las *tesis* sistematizadas que conoce todo jurista mexicano y son “la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto”.¹⁰⁶ Aunque mayormente se utilizan las últimas, por la evidente facilidad de su conocimiento y manejo, frecuentemente se olvida o se desconoce que ellas “emana[n] de las ejecutorias”¹⁰⁷ y que, para conocer cabalmente los alcances de su significado—no siempre tan “claro” como se quisiera— y su aplicabilidad al caso concreto, “es necesario estudiar las [...] sentencias que forman la jurisprudencia invocada”.¹⁰⁸ La Corte ha señalado que dichas tesis, sancionadas por un “acto administrativo irrecurrible”, han de ser aplicadas “en sus términos” y sin que los juzgadores tengan facultad para “cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de la jurisprudencia”,¹⁰⁹ pero, en nuestra opinión, no puede objetarse el uso de las ejecutorias

investigar con cierta cabalidad un tema en la jurisprudencia era una labor hercúlea. El sistema IUS, que se antojaba fantástico antes de su aparición, fue en sus inicios inasequible a los juristas de a pie.

¹⁰⁴ En la “nota preliminar” de su clásico *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación* (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 9), Ezequiel Guerrero Lara dijo de esta fuente que “no es de uso común” y presenta dificultades a los “no iniciados”; su apreciación era (¿es?) muy apegada a la realidad.

¹⁰⁵ “El precedente es una herramienta muy útil para la administración de justicia, el uso equivocado de esa herramienta produce un rigorismo y una injusticia manifiesta”, Góngora Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 630.

¹⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, México, 2003, p. 709.

¹⁰⁷ “JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES”, Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, octubre de 2003, tesis IX.1o.71 K, p. 1039.

¹⁰⁸ “JURISPRUDENCIA. EXAMEN DE LAS SENTENCIAS QUE LA CONSTITUYEN. ANALOGÍA. APLICACIÓN INOPERANTE DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES POR ESTE CRITERIO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primera Circuito, *idem*, 7a. época, vols. 217-228, sexta parte, p. 364. Véase también “ANALOGÍA, APLICACIÓN POR, DE TESIS DEL TRIBUNAL EN PLENO”, Pleno, *idem*, 7a. época, vol. 39, primera parte, p. 14.

¹⁰⁹ “JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. VI, tesis 33, p. 42. Posición criticable en tanto lleva cierta equiparación de los tribunales con el legislador, sin contar con la posibilidad de error o arbitrariedad en ese procedimiento, aunque claramente inspirada por un ánimo de formalidad y seguridad jurídica; véanse Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 105, pp. 627-628; Zertuche García, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1992, pp. 109-111; y “TESIS PUBLICADA. SIN APEGARSE A LO RESUELTO, SU INEXISTENCIA DEBE SER DIFUNDIDA POR RAZONES DE SEGURIDAD JURÍDICA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 2a./J. 184/2006, p. 225.

respectivas al constatar la aplicabilidad del criterio a un caso concreto, o bien, aclarar algún aspecto que tengan para el mismo.

La formulación y empleo de las tesis jurisprudenciales, el procedimiento de su formulación y aprobación por el órgano que la emite, y el “carácter legislativo” que así adquieren los tribunales de nuestro país; no deja de extrañar a quienes pertenecen a otros sistemas jurídicos que desconocen esta práctica como el norteamericano, el alemán y el español, los cuales usan referencias directas a las sentencias de sus tribunales.¹¹⁰ Sin embargo, no debe olvidarse que la jurisprudencia (al menos teóricamente) no goza de autonomía respecto de las leyes que interpreta y su aplicabilidad deriva de la vigencia que éstas tengan.¹¹¹

Resumiendo lo dicho hasta el momento, la jurisprudencia entendida como la interpretación del derecho que realizan los tribunales, que bajo ciertas condiciones vincula a otros tribunales o sin ellas simplemente les es persuasiva en grado variable, *no sólo se contiene en tesis sistematizadas sino también —y acaso con mayor importancia— en las resoluciones judiciales*. En principio, no vemos imposibilidad jurídica en invocar ya sea en actuaciones procesales o en trabajos académicos, opiniones incluidas sólo en la ejecutoria y no en una tesis sistematizada; mucho menos inconveniente nos parece perfilar el criterio de una tesis, determinar su aplicabilidad o de cualquier otro modo profundizar en él, con auxilio de la referencia a las sentencias de que procede.¹¹²

La Ley de Amparo, que regula con carácter general a la jurisprudencia de los tribunales federales que interpretan en definitiva la Constitución —y las normas ordinarias a través de diversos procedimientos—, señala que son las “resoluciones” de los tribunales las que constituirán jurisprudencia, pudiéndose interrumpir el precedente establecido por “ejecutoria en contrario”. De ahí que la integración de una tesis ha de tenerse como un *deber jurídico* —cuyo incumplimiento, según lo dicho, no es óbice para tener por integrado un criterio— sólo para la jurisprudencia vinculante, por obvias razones de divulgación, y en cambio es

¹¹⁰ A decir verdad, nuestras “tesis” no son del todo ajenas a las prácticas de otros lares; la Suprema Corte norteamericana así como los tribunales constitucionales alemán y español incluyen, al inicio de sus sentencias, “extractos” sinópticos de sus aspectos más sobresalientes. La diferencia con México es que en este país, por muchas razones (facilidad, imposibilidad de acceso a textos completos de sentencias, desconocimiento y aun negligencia), predomina el uso de aquellas síntesis.

¹¹¹ “JURISPRUDENCIA, NO ES LEY SINO INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. LII, segunda parte, p. 53; “JURISPRUDENCIA”, Primera Sala, *idem*, 6a. época, vol. XLIX, segunda parte, p. 60; y Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 824. Véanse “PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, INCISOS G) Y H) Y 8o., FRACCIÓN I, INCISO F), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL RELATIVO, VIGENTES EN 2004, NO TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2a./J. 29/2005)”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 2a. XXI/2006, p. 533; “JURISPRUDENCIA. LA REFORMA SUSTANCIAL DE LOS PRECEPTOS LEGALES A QUE SE REFIERE, LA HACEN INAPLICABLE PARA LOS CASOS QUE VERSAN SOBRE TALES NORMAS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis 1a. LXX/2006, p. 156; “JURISPRUDENCIA. SI LAS RESOLUCIONES QUE LA ORIGINARON NO DESENTAÑARON EL ALCANCE Y SENTIDO QUE DEBE ATRIBUIRSE A LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SUPUESTAMENTE INTERPRETA, EN RIGOR JURÍDICO NO CONSTITUYE CRITERIO JURISPRUDENCIAL Y SU APLICACIÓN NO ES OBLIGATORIA”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XII, septiembre de 2000, tesis III.1o.A.39 K, p. 764; “JURISPRUDENCIA. PARA QUE LA EMITIDA CON MOTIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE UNA ENTIDAD FEDERATIVA SEA APLICABLE EN OTRA, DEBEN EXISTIR EN AMBOS ESTADOS DISPOSICIONES LEGALES CON SIMILAR CONTENIDO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis VI.2o.C.205 K, p. 1573; y *supra*, nota 107.

¹¹² *Cfr.* “JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS...”, *cit.*, nota 109; y “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL HECHO DE QUE EN ÉSTA NO SE HAYA INTERPRETADO EL MISMO PRECEPTO QUE EL ANALIZADO EN EL CASO CONCRETO, NO BASTA PARA ESTIMAR SU INAPLICABILIDAD”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis 2a. XXXI/2007, p. 560.

sencillamente potestativa la sistematización de simples tesis aisladas, que tampoco por su falta dejan de ser orientadoras.¹¹³ Para esto último es sumamente claro, y con mejor técnica por su apego a la teoría sobre el tema,¹¹⁴ el artículo 43 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional que da calidad de jurisprudencia vinculante a las “razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos” de la Suprema Corte en los procesos que regula, aprobados con el voto de ocho ministros por lo menos.¹¹⁵

Las mismas consideraciones, en lo conducente, pueden hacerse respecto de la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito —y la de otros como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa—, en tanto su naturaleza y actividad sean análogos a las de la Suprema Corte.

III. CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La interpretación constitucional de la Suprema Corte, como la de cualquier otro ordenamiento o la de cualquier operador jurídico, comienza por las previas ideas que tenga quien la realiza sobre las características de ese texto, es decir por una precomprensión del mismo; la interpretación, bien vista, proviene de los postulados más fundamentales y generales sobre la naturaleza del texto que es su objeto e, incluso, en un “caso difícil” culmina con ellos al ser determinantes en la respectiva conclusión interpretativa.¹¹⁶ De ahí que nuestro estudio haya de comenzar por el análisis de la concepción que la Corte tiene sobre la Constitución y si es “particularmente clara en el tipo de *elementos* que ‘identifica’ como propios de ese texto, así como de los *supuestos* de los cuales parte”.¹¹⁷

Este examen lo realizamos a la luz del neoconstitucionalismo por dos razones: 1) al tratarse ellos de la tendencia doctrinaria imperante en la actualidad en Europa y Latinoamérica —por hablar de los contextos que nos son más relevantes—; y 2) dada la declaración contenida en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1994, en el sentido de

¹¹³ Arts. 192 a 195 de la Ley de Amparo y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

¹¹⁴ Respecto de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, tan ampliamente desconocida en México. La primera se refiere al “principio” que rige el caso resuelto por el tribunal que establece el precedente y, por lo tanto, constituye a éste; el segundo es una simple opinión marginal que no tiene incidencia en el resultado de la decisión y como su denominación indica “se dice de paso”, por lo que carece de obligatoriedad. Se supone que en nuestro medio las tesis jurisprudenciales y aisladas son *rationes decidendi*; aunque, aparte de las que expresamente indican lo contrario, en realidad no siempre es así. Cfr. López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, pp. 104-107; Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 105, p. 627; y *supra*, notas 106 y 109.

¹¹⁵ Véanse “JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, marzo de 2004, tesis 1a./J. 2/2004, p. 130; “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EN ELLA SE DECLARA LA INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN APLICAR ESE CRITERIO, AUN CUANDO NO SE HAYA PUBLICADO TESIS DE JURISPRUDENCIA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, tesis 2a./J. 116/2006, p. 213; y Acuña Méndez, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004, pp. 207-214.

¹¹⁶ *Supra*, § I.C.

¹¹⁷ Cossío Díaz, *La teoría...*, *cit.*, nota 30, p. 151, n. 226 (cursivas añadidas).

que su intención general es nutrir “una *auténtica cultura constitucional* que permee la vida nacional”,¹¹⁸ y desde luego alcanzarla.

1. *Juridicidad constitucional*

A. *Naturaleza jurídica y supremacía de la Constitución*

Indudablemente, casi sin necesidad de demostrarse, la Constitución es considerada por la Suprema Corte como una auténtica norma jurídica; la simple existencia de sus facultades de control jurisdiccional la conformidad a ella de todo acto de autoridad, es suficiente para llegar a esa conclusión.¹¹⁹ Sin embargo, conviene poner de manifiesto algunos aspectos que sobre este tema pueden encontrarse en la jurisprudencia de ese tribunal.

Si bien puede llevarse el carácter vinculatorio de la Constitución como norma jurídica hasta la “norma fundamental (*Grundnorm*)” kelseniana, aquella trascendentalmente presupuesta y por la que adquiere autoridad legislativa el Constituyente,¹²⁰ los artículos 16 y 133 de la Constitución mexicana dan expresión a dicha obligatoriedad. El último refiere a ese texto como “Ley Suprema de toda la Unión” —con el refuerzo del artículo 40 que impone su observancia a las entidades federativas— y la primera de esas disposiciones impone que los actos de los órganos investidos de poder público deberán estar “fundados”, es decir contar con la autorización de la “ley” para su realización. De lo anterior se desprende un “*principio de legalidad constitucional*” por el cual, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 16 constitucional, todas las autoridades mexicanas deben obrar cumpliendo las normas establecidas en la ley fundamental.¹²¹

No obstante dirigirse a todo órgano de poder, dicho principio es particularmente aplicable al legislador ordinario quien bajo ningún supuesto puede desligarse de los deberes que aquélla le impone, y de lo cual deriva que el nuestro es un “*Estado constitucional de derecho*”.¹²² Esta sujeción legislativa a la Constitución la ha declarado la Suprema Corte:

Así pues, tomando en consideración que los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a ésta, debe estimarse que considerando el término “ley” en el sentido genérico de “ley material”, esto es, en el sentido de norma o conjunto de normas jurídicas, *el principio de legalidad se extiende también al Poder Legislativo, ya que éste se encuentra sujeto a normas de rango constitucional*, por lo que el órgano legislativo lejos de ser ilimitado, encuentra también sus límites constitucionales y, en caso de transgredirlos, sus actos serán inválidos.¹²³

¹¹⁸ Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, t. XIII, pp. 158 (cursivas añadidas). Véase *supra*, cap. sexto, nota 246.

¹¹⁹ Véase *supra*, cap. segundo, § III.1.C.

¹²⁰ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, pp. 206 y 208-209; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 50, p. 444.

¹²¹ Segunda Sala, amparo en revisión 1936/2005, 7 de febrero de 2007, con VI, p. 45.

¹²² Guastini, Riccardo, “El principio de legalidad” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 119 y 123.

¹²³ Pleno, acción de inconstitucionalidad 36/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de mayo de 2003, 1a. sección, con. V, p. 60 (cursivas añadidas); en el mismo sentido: Pleno, acción de inconstitucionalidad 33/2002 y acum., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, con. VI, pp. 916 y ss. Véase “CONSTITUCIÓN, VIOLACIONES A LA. NO SON CONVALIDABLES BAJO NINGÚN SUPUESTO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 175-180, sexta parte, p. 55.

Además de contener la declaración de que la Constitución es una “ley”, su artículo 133 enuncia los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa. El primero de tales principios, que es el que por ahora nos interesa, sencillamente impone que en la creación, interpretación y aplicación de todo el orden jurídico “deben predominar las disposiciones del Código Supremo”,¹²⁴ con lo que es fácil establecer que su finalidad es “salvaguardar la jerarquía de la Constitución Federal sobre las normas inferiores”.¹²⁵ En una fórmula muy reiterada en sus decisiones, cuyas implicaciones aun no son a cabalidad exploradas, la Corte afirmó el principio de supremacía constitucional:

Por principio, hay que dejar sentado que *todo orden jurídico es un sistema de normas que constituyen una unidad*, la cual está determinada por el hecho de que la creación o el contenido de la de grado más bajo se encuentra establecida por otra de grado mayor y así sucesivamente hasta llegar a la norma de rango superior, que es la Constitución, en la cual se funda la validez de todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución Federal es la norma suprema en nuestro país; a través de ella se imponen deberes, se crean limitaciones, se otorgan facultades y se conceden derechos. *Nada ni nadie puede estar sobre ella, pues su naturaleza niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior*. Esto se traduce en la subordinación hacia ella de todas las normas del ordenamiento jurídico y en el hecho de que todos y cada uno de los actos de autoridad deben, asimismo, estar de acuerdo con ella.¹²⁶

En la actualidad podría incluso parecernos una pérdida de tiempo recalcar la naturaleza jurídica de la Constitución, pero no olvidemos que ello es una de las clásicas reivindicaciones del constitucionalismo y *nunca se recordará lo suficiente* para tener siempre en mente el principio interpretativo de máxima eficacia de las normas constitucionales a que dio pie. En México, e incluso firmemente arraigado el juicio de amparo, no siempre se reconoció un carácter vinculativo y sobre todo justiciable a las disposiciones constitucionales; importantes ejemplos son el derecho a la información que más adelante referiremos¹²⁷ y los derechos tributarios de proporcionalidad y equidad que, con “menosprecio”¹²⁸ de la Constitución, se decía “que el Poder Judicial no es el capacitado para remediar dicha violación y que el remedio contra ella se encuentra en el sufragio popular”, haciéndose ineficaz al juicio de amparo —lo que, como sabemos, cambió desde hace mucho—. ¹²⁹

¹²⁴ “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1a./J. 80/2004, p. 264.

¹²⁵ “APLICACIÓN RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL GOBERNADO. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL EN MATERIA FISCAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 1a. CLXXX/2006, p. 178.

¹²⁶ Controversia constitucional 14/2001, *cit.*, nota 32, 2a. sección, con. V, p. 44 (cursivas añadidas). También en Pleno, controversia constitucional 104/2003, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de octubre de 2005, 2a. sección, con. V, p. 57; Pleno, controversia constitucional 12/2002, *idem*, 21 de noviembre de 2005, 3a. sección, con. VII, p. 34; Pleno, controversia constitucional 25/2001, *idem*, 25 de noviembre de 2005, 2a. sección, con. VI, p. 19; Pleno, controversia constitucional 53/2002, *idem*, 6 de diciembre de 2005, 1a. sección, con. VII, p. 58; y Pleno, controversia constitucional 12/2001, *idem*, 22 de marzo de 2006, 1a. sección, con. VI, p. 55.

¹²⁷ *Infra*, nota 325.

¹²⁸ “IMPUESTOS, AMPARO CONTRA LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXI, p. 2923.

¹²⁹ “IMPUESTOS, EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 244, p. 290. El criterio que interrumpe esta jurisprudencia fue el que sostuvo Ignacio Vallarta en el amparo contra la contribución a fábricas de hilados y tejidos, solicitado con base en la (entonces) fr. II del art. 32 de la Constitución de 1857, esencialmente idéntica a la IV del art. 31 de la vigente; siguiendo fielmente las opiniones de Marshall en *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. [4 Wheaton] 316, 428 y 430

Las anteriores consideraciones, por simples y elementales que parezcan, en realidad tienen importantes consecuencias —cuya complejidad aumentó la Suprema Corte—. Baste decir, por el momento, que definir con carácter normativo supremo a la Constitución —especialmente frente al legislador, resulta en la trascendental inserción de nuestro ordenamiento jurídico en la tradición del constitucionalismo y el obligado seguimiento que debe dar a sus principios axiales: autodeterminación política comunitaria —discutible desde un ángulo teórico estrictamente positivista— y, sobre todo, limitación del poder.¹³⁰

B. *Aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales*

Hoy a nadie asombra que se considere a la Constitución una auténtica “ley y además con carácter de “suprema”; tampoco, por lo anterior, causaría problema decir que sus normas son inmediatamente aplicables y que todos los órganos del poder público —y en muchos casos también los particulares— se encuentren en la obligación de acatar sus normas; pero llegar a tales puntos implicó transitar un largo y difícil camino, que incluso la existencia de la jurisdicción constitucional allanó pues recuérdese que en el pensamiento kelseniano la ley fundamental sólo vinculó al Tribunal Constitucional y a los órganos inmediatamente subordinados a sus disposiciones.¹³¹ Esta ardua pugna por la juridicidad de la Constitución, necesariamente influyó en su interpretación, al grado que uno de sus principios generalmente aceptados, en el que la dogmática es particularmente enfática, es el relativo a su plena fuerza normativa en todo aspecto;¹³² y el sistema mexicano tampoco ha sido ajena a ella.¹³³

La aplicación de la garantía de audiencia es el paradigma de la obligatoriedad inmediata de las normas constitucionales en México, incluso su directa vinculación a las autoridades sirvió a la Suprema Corte para ilustrar esa característica y apuntalar con ella la interpretación conforme a la Constitución.¹³⁴ Desde décadas atrás nuestro Máximo Tribunal sostiene que, por

[1819]) y *Providence Bank v. Billings* (29 U.S. [4 Peters] 514, 563 [1830]), hizo de la potestad tributaria una *political question* injusticiable y de los conceptos de proporcionalidad y equidad simples recomendaciones a la “sabiduría y patriótica discreción del legislador”, concluyendo que “toca al Poder Legislativo pronunciar la última palabra en las cuestiones de impuestos”, cuyo remedio en caso de abuso generalmente “no está en los recursos judiciales sino en la influencia de la opinión, en la libertad electoral” y sólo excepcionalmente, tratándose de una arbitraria y despótica “expropiación de la propiedad”, corresponde a los tribunales (*Votos*, México, Fco. Díaz de León, 1881 [facsimilar], t. II, pp. 16, 22, 28 y ss).

¹³⁰ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 45. Véase Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, pp. 28 y 30-31.

¹³¹ Véase Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 32-34.

¹³² *Supra*, cap. quinto, § III.1.

¹³³ La aplicación directa de normas constitucionales tiene en México una historia remota y aun épica, ya que por su medio obtuvo vida efectiva el juicio de amparo a nivel federal, cuando el juez Pedro Sámano dictó la primera sentencia federal de amparo en San Luis Potosí el 13 de agosto de 1849, aplicando el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, ante la ausencia de una ley reglamentaria de ese proceso constitucional. Véase Aldasoro Velasco, Héctor Francisco, *La primera sentencia de amparo dictada a nivel federal*, San Luis Potosí, UASLP, 1999, pp. 15-16; Arizpe Narro, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, SCJN, 2006, pp. 45-48 y 61-65; y

¹³⁴ Controversia constitucional 22/2001, *cit.*, nota **¡Error! Marcador no definido.**, con. VIII. También se realizó una “interpretación conforme” basada en la inmediata aplicabilidad de los artículos 103 y 107 constitucionales, en “LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, enero de 2006, tesis 1a./J. 170/2005, p. 394.

el “mandato imperativo del artículo 14 constitucional”, todas las autoridades —y no sólo el legislador— deben garantizar las “formalidades esenciales” permitan ejercer su derecho de defensa, a los gobernados contra cuyos intereses tramiten algún procedimiento privativo, incluso en el caso de inexistencia de una norma jurídica ordinaria que las prevea,¹³⁵ tal criterio se reiteró en la última época jurisprudencial como dijimos y en alguna otra ocasión.¹³⁶

Además del tema anterior, puede referirse un importante asunto en el cual tuvo importancia determinante esta característica que la Suprema Corte reconoce a la ley fundamental. En ocasión de la falta de ratificación de magistrados judiciales del Estado de Tlaxcala, el tribunal constitucional advirtió que la legislación local —incluyendo la Constitución— no se había adecuado a las reformas constitucionales de 1987 que tuvieron por objeto fortificar a los poderes judiciales locales, estableciendo principios fundamentales sobre su organización (independencia, carrera judicial, etc.); luego de constatar ese desacato y su subsistencia, la Corte *conminó* al legislador tlaxcalteca a ponerle remedio “a la brevedad posible” y señaló muy claramente que

en el caso de que en algún Estado de la República no se encuentren establecidos estos principios en su Constitución o en sus leyes secundarias, *no significa que el Poder Judicial de dicho Estado no cuent[e] con esos principios o garantías a su favor, ya que [...] fueron establecidos en la Constitución Federal [...], y son de observancia obligatoria.*¹³⁷

La inmediata aplicabilidad de las normas constitucionales —que tenemos por sólida y definitivamente sentada por lo señalado¹³⁸— que deriva de su carácter jurídico en relación con el principio de su supremacía —máxime de acuerdo con el texto del artículo 133 constitucional—, conduce a la fácil conclusión de que ante una norma jurídica ordinaria que se oponga a aquéllas, el operador jurídico estará en la obligación de inaplicar la regulación secundaria en observancia de las disposiciones fundamentales relevantes; sin embargo, esta conclusión que a muchos nos parece obvia debió retroceder ante la opinión de la Suprema Corte que vedó el control difuso de la constitucionalidad.¹³⁹ Sin duda alguna, la imposibilidad

¹³⁵ “AUDIENCIA, ALCANCE DE LA GARANTÍA DE”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 82, p. 54; “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO”, Segunda Sala, *idem*, t. VI, tesis 95, p. 62; “GARANTÍA DE AUDIENCIA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. XIX, tercera parte, p. 47. Véase “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 111, p. 142.

¹³⁶ “AUDIENCIA. CUANDO SE OTORGA EL AMPARO CONTRA UNA LEY QUE NO ESTABLECE ESA GARANTÍA, LAS AUTORIDADES APLICADORAS DEBEN RESPETAR ESE DERECHO FUNDAMENTAL DESARROLLANDO UN PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE CUMPLAN LAS FORMALIDADES ESENCIALES, AUN CUANDO PARA ELLO NO EXISTAN DISPOSICIONES LEGALES DIRECTAMENTE APLICABLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIV, agosto de 2001, tesis 2a. CL/2001, p. 209.

¹³⁷ Pleno, controversia constitucional 4/2005, 13 de octubre de 2005, cons. VII y VIII, pp. 125-130 y 145 (cursivas añadidas al texto transcrito). En el mismo tenor se ha pronunciado la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en “ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. LA FALTA DE UN ORDENAMIENTO QUE LO REGLAMENTE, NO IMPIDE SU PLENA APLICACIÓN”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 002/99, p. 357.

¹³⁸ Véase también “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON Estricto ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 146, p. 123.

¹³⁹ *Supra*, cap. sexto, notas 46 y 52.

jurídica de las autoridades judiciales¹⁴⁰ mexicanas para concluir que una norma ordinaria es contraria a la Constitución y omitir en consecuencia su aplicación al caso concreto,¹⁴¹ puede llegar a impedir que las normas constitucionales sustantivas sean aplicadas directamente por órganos derivados u ordinarios, con demérito tanto del principio de supremacía constitucional como de su directa vinculatoriedad plena; estas dificultades las puso de relieve el caso *Castañeda*, como puede generalmente apreciarse de las diferentes opiniones que expresaron los ministros de la Corte en su sentencia y sus respectivos votos particulares.¹⁴²

Sin embargo, por la reforma electoral de 2007 podría superarse la proscripción jurisprudencial del control difuso, al permitir el Tribunal Electoral Federal no aplique una norma que fuera contraria a la ley fundamental, con efectos relativos y bajo el deber de informar de ello a la Suprema Corte.¹⁴³ Aunque esta permisión del Constituyente sólo se refiere a la materia electoral, la adición que comentamos *abre nuevamente el debate sobre el control difuso*, atenta la posibilidad de que el artículo 99 constitucional se interprete extensivamente con base en el principio de igualdad, en el texto del artículo 133 constitucional y a que éste derivó de la clara voluntad del Constituyente de que en México se ejerza dicho control.¹⁴⁴

Demostrando la aplicabilidad inmediata de las disposiciones constitucionales y apoyándose en el principio de supremacía constitucional, hace algunos años Suprema Corte resolvió una importante polémica derivada de una serie de desafortunadas reformas constitucionales en materia penal, sosteniendo que aun cuando la legislación ordinaria dé a los inculcados mayores beneficios que los concedidos por la ley fundamental, los jueces penales observar lo dispuesto ésta.¹⁴⁵

¹⁴⁰ En el mismo dilema están las autoridades administrativas que han de aplicar una norma ordinaria que pugne con la Constitución, pero aun en el sistema norteamericano se les han negado facultades de control constitucional, que mantienen en exclusiva los tribunales. Véanse *Davies Warehouse Co. v. Bowles*, 321 U.S. 144, 153 (1944); “LEYES INCONSTITUCIONALES. NO EXISTEN DE PLENO DERECHO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 80, primera parte, p. 47; “NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO”, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. IV, tesis 298, p. 250; y “NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO”, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 886, p. 608.

¹⁴¹ Lo que precisamente se impide a través de la proscripción del control difuso de la constitucionalidad: “En efecto, aun cuando el Tribunal Electoral en su resolución pretende hacer una diferenciación entre invalidez o inconstitucionalidad de una norma e inaplicabilidad de la misma para justificar su actuación, lo cierto es que *para arribar a una u otra conclusión necesitó hacer un cotejo de la norma frente a la Constitución Federal*, o sea, realizó el estudio de la constitucionalidad de la ley”, Pleno, contradicción de tesis 2/2000-PL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, junio de 2002, con. IV, pp. 6 y ss (cursivas añadidas).

¹⁴² Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, enero de 2007, pp. 6 y ss.

¹⁴³ *Supra*, cap. sexto, nota 53.

¹⁴⁴ Véase Sánchez Gil, Rubén, “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 208 y ss.

¹⁴⁵ “AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, SU DICTADO DEBE HACERSE CONFORME AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO ATENDER A LA LEGISLACIÓN ORDINARIA, CUANDO ÉSTA NO HA SIDO ADECUADA A LO DISPUESTO EN DICHO PRECEPTO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, febrero de 2003, tesis 1a./J. 86/2002, p. 47. Véase también “LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. AUNQUE EL TEXTO DE LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL ESTADO DE GUANAJUATO NO SE HA AJUSTADO AL CONTENIDO DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN I DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LOS JUECES PUEDEN APLICAR DIRECTAMENTE ESTE ÚLTIMO Y NEGAR AQUEL BENEFICIO, ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *idem*, t. XXI, mayo de 2005, tesis 1a./J. 24/2005, p. 274.

Desde dos puntos de vista puede criticarse la referida opinión de nuestro tribunal constitucional. Primeramente, como ya anotamos y si se asume que las normas en cuestión son opuestas, al facultar la Corte a los tribunales a no aplicar las leyes ordinarias y preferir lo dispuesto constitucionalmente, da implícitamente una atribución de control difuso que ella misma había rechazado con anterioridad —y continúa haciéndolo—,¹⁴⁶ lo que nos parece una *importante inconsistencia* en su catálogo jurisprudencial. Y en segundo lugar, lo que es aun más trascendente en nuestra opinión, dicha decisión no puede dejar de criticarse ya que reveló a lo menos una *deficiencia* de los postulados más fundamentales en los que debe apoyarse su concepción constitucional, y en el peor de los casos una *caprichosa utilización* de los principios estructurales de nuestro orden constitucional —violando de paso los tratados internacionales de la materia—; puede reprocharse el completo olvido de que las garantías individuales deben tener un carácter *mínimo*, impuesto por el principio *pro homine* apenas hace unos años introducido manifiestamente a la jurisprudencia mexicana por un Tribunal Colegiado de Circuito y sólo sigilosamente por la Suprema Corte; aunque de ningún modo esto último puede servir de objeción a la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales, en tanto la misma Corte ha constatado en múltiples ocasiones que nuestros derechos fundamentales tienen ese carácter básico, no excluyente de beneficios adicionales que el legislador otorgare al gobernado.¹⁴⁷

2. Valores y principios constitucionales

A. El sistema axiológico de la Constitución

La Suprema Corte y otros tribunales mexicanos refieren en su jurisprudencia el concepto de “valores constitucionales” y aun incluso llegan a hablar de un “sistema de valores” establecido por la ley fundamental. Como se ha visto, la idea de una “axiología constitucional” dista mucho de ser una simple frase o una floritura,¹⁴⁸ tiene muchas y difíciles implicaciones que compelen a reforzar la argumentación de las decisiones jurídicas que se tomen con base en ella, que conviene tener en cuenta al adentrarse en este “complejo mundo”.¹⁴⁹

La primera referencia que encontramos a los valores constitucionales en la jurisprudencia de la Suprema Corte, es un criterio relativo al derecho de acceso a la justicia constitucional; que a pesar de su simplicidad tiene una gran importancia porque concibe a la garantía de audiencia como un “valor” y deriva de ella una interpretación conforme a la Constitución de la fracción II del artículo 21 de ley reglamentaria del artículo 105 constitucional, que desecha una meramente literal de esa disposición. En esa ocasión, se trató de la causa de improcedencia de la acción de un municipio, planteada por el Gobernador demandado y consistente en que aquélla se ejerció extemporáneamente porque el actor computó el plazo respectivo a partir de que tuvo conocimiento del acto de aplicación de la norma general que impugnó, cuando debió contarse —según el demandado— a partir de que efectivamente se “produjo” dicho acto, como indica el referido texto legal.

Al resolver este planteamiento, la Suprema Corte indicó que “no puede llevarse al extremo la literalidad del precepto” y usó en principio una interpretación sistemática de la disposición

¹⁴⁶ *Supra*, notas 139 y 141. Véanse Pleno, controversia constitucional 16/2000, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de junio de 2002, 2a. sección, con. VI, pp. 90-92; y Pleno, controversia constitucional 1/2002, *idem*, 10 de marzo de 2004, 2a. sección, con. X, pp. 85-86; y *supra*, nota 124.

¹⁴⁷ *Supra*, § III.1.B.

¹⁴⁸ Véase *supra*, cap. segundo, § II.2.

¹⁴⁹ *Cfr.* Cossío Díaz, *La teoría...*, *cit.*, nota 30, pp. 170-171.

reglamentaria en cuestión, para establecer que el punto de partida del cómputo del plazo para instar la controversia constitucional es aquel en que el actor tuvo conocimiento del órgano demandado. Sin embargo, este argumento resultaba endeble porque bien se le pudo objetar que la indicada fracción II constituía la *lex specialis* del caso; ante ello, la Corte “fortaleció” su conclusión señalando que otra interpretación era inadmisibles porque dejaría en indefensión al municipio promovente y sería contraria al artículo 14 constitucional que, no obstante ser una garantía individual la cual “parecería, en principio, que sólo se refiere a los lineamientos que se deben guardar entre gobernantes y gobernados en las denominadas relaciones de supra a subordinación”, integra una parte constitucional que es tenida como “axiológica o valorativa” que debe aplicarse “por analogía”.¹⁵⁰

Aunque esta argumentación no expresa cómo llegó la Corte —tampoco lo hacen tribunales como el alemán, por cierto— a dar carácter axiológico a las garantías individuales, o mejor dicho a los bienes jurídicos que tutelan, ello no obsta a arribar a tal conclusión porque le subyace el carácter “dogmático” que tradicionalmente se ha dado a las garantías individuales.¹⁵¹ Concibiéndose éstas como “decisiones políticas fundamentales” que expresan “*principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento*”,¹⁵² definiéndolo imperativamente con la integración de un cierto bagaje ideológico y teleológico;¹⁵³ revelan determinados fines y bienes a salvaguardar fundamentalmente por el orden jurídico de modo que, aun formuladas sus disposiciones explícita o implícitamente a favor de los gobernados, conducen a un principio general —que promueve o tutela un “valor” o “bien”— y pueden sus consecuencias aplicarse mediante una “analogía *legis*”.¹⁵⁴

El paso siguiente que la Suprema Corte dio en relación con la axiología fundamental de nuestro ordenamiento, fue declarar en el caso *Temixco* que “el texto constitucional refleja un *sistema de valores*” cuya actualización e integración corresponde al “órgano de control” constitucional.¹⁵⁵ Aunque con una argumentación desde nuestro punto de vista inadecuada porque la mediata afectación al “bienestar de la persona humana”¹⁵⁶ a cargo de los órganos de poder, no (sólo) ocasionaba un interés legítimo del municipio actor en ese asunto —un conflicto de límites— a raíz de una afectación de sus gobernados, sino un interés jurídico en el sentido más estricto al modificarse su atributo territorial;¹⁵⁷ la conclusión de la Corte fue acertada en cuanto a que el acto impugnado violó en perjuicio del municipio actor los

¹⁵⁰ Pleno, controversia constitucional 19/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. IV, noviembre de 1996, con. IV, pp. 250 y ss. De este asunto derivó la jurisprudencia “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN, DEBE RESPETARSE A LAS PARTES PARA INTERPRETAR SI LA DEMANDA FUE PROMOVIDA OPORTUNAMENTE”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 102, p. 84.

¹⁵¹ *Supra*, cap. segundo, nota 162.

¹⁵² Cfr. Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 44.

¹⁵³ Cfr. Posada, Adolfo, *Tratado de derecho político*, 4a. ed., Madrid, 1929, p. 21, citado en García Máynez, *op. cit.*, nota 3, p. 110, n. 25; y Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994, pp. 23-24.

¹⁵⁴ Cfr. Guastini, *op. cit.*, nota 5, p. 98; y Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 50, pp. 15-18.

¹⁵⁵ Pleno, controversia constitucional 31/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, enero de 2000, con. V, pp. 665 y ss (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹⁵⁶ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 59, p. 53.

¹⁵⁷ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SI SE HACE VALER UNA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA QUE INVOLUCRA EL ESTUDIO DE FONDO, DEBERÁ DESESTIMARSE”, Pleno, *idem*, tesis 82, p. 69.

principios generales de seguridad jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales.¹⁵⁸

Siendo en su origen las garantías individuales simples “derechos de defensa” a favor del gobernado en relaciones de “supra a subordinación”, y no de los órganos públicos,¹⁵⁹ solamente teniéndolas como “valores” a los que se agregue un carácter “objetivo” —no exclusivamente “subjetivo”— que les permita regular todo ámbito de la vida jurídica y social para promover en ellos los bienes con los que se relacionan —defensa procesal, seguridad jurídica, etc.—;¹⁶⁰ pudo la Corte decidir que la controversia constitucional procede contra las alegadas violaciones y fundar en la contravención a tales derechos fundamentales la invalidez de un acto que afectó a un órgano de poder.¹⁶¹ Tal criterio, perfeccionado, ha persistido en la jurisprudencia de la Suprema Corte quien en diversas ocasiones declaró la inconstitucionalidad de actos que afectaban a entidades públicas como tales, contrarios a meras “garantías individuales” de seguridad jurídica previstas para el beneficio de los gobernados.¹⁶²

Podemos concluir, por lo antes dicho, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación concibe a las normas constitucionales como protectoras y promotoras de un “sistema objetivo de valores”. Aunque no siempre ha desarrollado a cabalidad las consecuencias de este postulado —dada su complejidad y la inercia dogmática constitucional—,¹⁶³ en general y con una creciente adecuación teórica, la Suprema Corte usa una concepción axiológica de la Constitución que le permite tener a los valores constitucionales como “criterio[s] básico[s] para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación”¹⁶⁴ y, precisamente, su

¹⁵⁸ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FALTA DE ESTUDIO DE PRUEBAS EN UN PROCEDIMIENTO DE NATURALEZA JURISDICCIONAL, ENTRE ENTIDADES U ÓRGANOS DE PODER, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 56, p. 50; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *idem*, t. I, tesis 38, p. 37.

¹⁵⁹ Véase “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XL, p. 3630; y “AUTORIDADES, NO SON SUJETOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *idem*, 6a. época, vol. LVII, tercera parte, p. 11. Para distinguir entre las teorías liberal, institucional y axiológica de los derechos fundamentales, véanse: Burgoa, *op. cit.*, nota 7, pp. 166 y ss; y Carbonell, *op. cit.*, nota 4, pp. 35 y ss (basado en la versión española de Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 27, núm. 35, 28 de agosto de 1974, pp. 1530 y ss).

¹⁶⁰ *Cfr. supra*, cap. segundo, § II.2.C. Véase amparo en revisión 115/2003, *cit.*, nota 34, con. IV, pp. 52 y 62-63.

¹⁶¹ *Supra*, cap. sexto, nota 80; y Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 145.

¹⁶² *Supra*, cap. sexto, nota 89.

¹⁶³ Véanse “PETICIÓN. LA EXISTENCIA DE ESTE DERECHO COMO GARANTÍA INDIVIDUAL PARA SU SALVAGUARDA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO REQUIERE QUE SE FORMULE AL FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN SU CALIDAD DE AUTORIDAD”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIII, abril de 2001, tesis P./J. 42/2001, p. 126; y “AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. SON INOPERANTES LOS QUE IMPUGNAN CLÁUSULAS DE UN CONVENIO PORQUE EL ACUERDO DE VOLUNTADES EN SÍ MISMO NO ES VIOLATORIO DE ALGUNA GARANTÍA CONSAGRADA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis 1a. CXLI/2006, p. 251.

¹⁶⁴ “EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 197, p. 239; e “IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1a./J. 81/2004, p. 99. Véanse también “INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LA LEY. SUS LÍMITES”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, tesis P./J. 87/2005, p. 789; y “MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS DE LAS LEYES RELATIVAS ES PERTINENTE ACUDIR A LOS PRINCIPIOS RECTORES Y VALORES DEMOCRÁTICOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116,

interpretación constitucional tiene por fin dilucidar cuáles son los valores que quiso salvaguardar el Constituyente y que “cristalizan [...] la vida democrática y republicana [...] en nuestro sistema jurídico”.¹⁶⁵ Esta dimensión axiológica del texto constitucional, particularmente de los derechos fundamentales, ha permeado ya a la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación¹⁶⁶ y de los Tribunales Colegiados de Circuito.¹⁶⁷

B. *Los principios constitucionales*

La inmediata consecuencia de la concepción axiológica de la Constitución es tener a sus disposiciones como enunciados jurídicos de principio; si ellas expresan valores fundamentales del ordenamiento cuya protección imponen son, con todas sus implicaciones, *principios jurídicos*. Como generalmente ocurre, la Suprema Corte —así como otros tribunales— utiliza como intercambiables los términos “valores” y “principios”; aquí no cabe mayor aclaración que la ya realizada con anterioridad, en cuanto a que los bienes objeto de protección del orden jurídico no pueden serlo más que como resultado de una norma que promueva su garantía, que sólo puede tener expresión mediante un enunciado en tal sentido, el cual por lo mismo consiste en un “principio constitucional”; para efectos prácticos, podemos entonces considerar como equivalentes las referencias jurisprudenciales a la observancia de “principios” o “valores” de la Constitución.¹⁶⁸ En cuanto a las ideas anteriores, es elocuente la opinión del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sobre la “óptima aplicación del derecho”:

los principios son postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, debe aplicarse en la mayor medida posible, en virtud de que las reglas (contenidas regularmente en las leyes) son enunciados que tienden a lograr la aplicación de los principios y valores a los casos concretos y, por tanto, de menor abstracción que éstos.¹⁶⁹

FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis P. XXXVII/2006, p. 646.

¹⁶⁵ *Supra*, nota 85.

¹⁶⁶ “DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACIÓN Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA”, Sala Superior, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 29/2002, p. 97; y “VOTO. SU CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO SE TRANSGREDEN SI SE REVELAN DATOS PROPORCIONADOS POR LOS CIUDADANOS, FUERA DE LAS HIPÓTESIS LEGALES PERMITIDAS”, Sala Superior, *idem*, tesis S3EL 064/98, p. 975.

¹⁶⁷ “PRINCIPIOS Y VALORES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN. DEBE ATENDERSE A ELLOS CUANDO LAS LEYES SON INSUFICIENTES PARA RESOLVER UNA CONTROVERSIA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, septiembre de 2004, tesis I.4o.A.439 A, p. 1836; “MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis I.4o.A.447 A, p. 1799; y “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA CUANDO ANALICE LA LEGALIDAD DE UN ACTO OPUESTO A LOS VALORES, PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXI, abril de 2005, tesis I.4o.A.469, p. 1430.

¹⁶⁸ Véase *supra*, cap. segundo, nota 177. Un paradigmático ejemplo de esta equivalencia es “IGUALDAD...”, *cit.*, nota 164.

¹⁶⁹ “PRINCIPIOS Y VALORES...”, *cit.*, nota 167.

La jurisprudencia reconoce la existencia de diversas normas constitucionales de principio; algunas de ellas sin dificultad ya que las establece textualmente la ley fundamental —como las electorales, de las que nos ocuparemos más adelante— y otras con mayor complejidad porque se encuentran implícitas en ella y resultan de su interpretación. Entre las últimas son destacables el principio de igualdad¹⁷⁰ y la presunción de inocencia,¹⁷¹ que se consideraron presupuestos de diversas disposiciones constitucionales.

El último de los mencionados principios amerita especial mención. Pasó un tiempo relativamente largo desde su reconocimiento hasta que la jurisprudencia mexicana declaró sus implicaciones; casi cinco años luego de reconocerlo ésta aclaró que dicho principio irradiaba a todos los campos jurídicos aunque sean ajenos al procedimiento penal, de tal guisa que “otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, *en cualquier materia*”. Es decir que en procesos civiles, administrativos o de otra índole, así como en ámbitos “extraprocesales”, en los que la situación jurídica de una persona dependa de que haya o no cometido un antijurídico, regirá dicha presunción con todas sus consecuencias.¹⁷²

La Suprema Corte señaló que “los derechos fundamentales gozan de una estructura interna princip[i]al”;¹⁷³ adscribiéndose, concretamente respecto de la libertad de expresión a la tesis de su “doble carácter” de aquéllos como derechos subjetivos del gobernado con una dimensión institucional.¹⁷⁴ Pero el tribunal constitucional mexicano no limita la ubicación de los principios y/o valores constitucionales a tales disposiciones, sino que también atribuye ese

¹⁷⁰ La tesis de rubro “IGUALDAD...” (*cit.*, nota 164), puede tenerse como el criterio jurisprudencial básico sobre este tema; además de lo ya apuntado, su importancia para nuestro estudio radica en que su primera ejecutoria de procedencia fue anterior a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 que instituyó textualmente la prohibición de discriminación que con más relevancia sirve de “ancla” literal del principio de igualdad, hasta entonces obtenido por sobreinterpretación. Véanse “ACTIVO DE LAS EMPRESAS, IMPUESTO AL. EL ARTÍCULO 6o. DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VIII, diciembre de 1991, tesis P. LVII/91, p. 7; “POLICÍA JUDICIAL FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 11 BIS-1, 11 BIS-2 Y 11 BIS-3 DEL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, NO INFRINGEN LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 405, p. 466; “IMPUESTOS. LAS REGLAS SOBRE SU NO CAUSACIÓN ESTÁN SUJETAS A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE GENERALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, mayo de 1996, tesis P. LXXVIII/96, p. 112; “IGUALDAD. LAS GARANTÍAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL LA CONSAGRAN, EN EL ASPECTO JURISDICCIONAL, PROHIBIENDO LAS LEYES PRIVATIVAS, LOS TRIBUNALES ESPECIALES Y LOS FUEROS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. VI, septiembre de 1997, tesis P. CXXXV/97, p. 204; y “GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XI, junio de 2000, tesis P. XC/2000, p. 26.

¹⁷¹ *Supra*, nota 98.

¹⁷² “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 2a. XXXV/2007, p. 1186 (cursivas añadidas).

¹⁷³ “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. LIX/2007, p. 632.

¹⁷⁴ *Supra*, cap. segundo, nota 197; “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis 1a. CLXV/2004, p. 421; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 45/2006 y acum., *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de febrero de 2007, 1a. sección, pp. 102 y ss.

carácter a algunas de tipo orgánico, que también pueden influir en la aplicación del orden jurídico ordinario.¹⁷⁵

Por sus cualidades estructurales y su promoción de ciertos valores, los principios constitucionales están llamados a regir *en todos los campos jurídicos en los que tengan alguna relevancia* y servir de criterio para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.¹⁷⁶ Aunque en el siguiente epígrafe nos referiremos a formas concretas de irradiación de los principios y valores constitucionales, es preciso señalar que en el ámbito mexicano tienen gran importancia los principios constitucionales electorales, no por nuestra historia política en lo que ahora nos interesa, sino por sus aspectos de técnica jurídica.

Los conceptos de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia, que establece la fracción III del artículo 41 constitucional como “principios rectores” de la función electoral, en puridad constituyen valores que se mandan optimizar para el logro de determinados fines en toda situación del ámbito electoral.¹⁷⁷ En un comienzo, la Suprema Corte no comprendió los alcances de las características axiológicas y principiales de estas normas jurídicas, limitándose a establecer que, “para que las citadas legislaturas cumplan y se ajusten a los mencionados principios rectores[,] es suficiente con que los adopten en su sistema electoral”;¹⁷⁸ pero, más adelante, con toda claridad indicó que ellos deberían considerarse “puntos de partida” en la aplicación del ordenamiento electoral y que

la concisión de dichas normas impide reiterar literalmente dichos conceptos fundamentales a cada momento, de manera que corresponde [...] extraerlos de los preceptos constitucionales para elevarlos a categorías instrumentales o finales de interpretación, de modo tal que la propia Constitución sea la causa eficiente de toda resolución, no únicamente por su semántica, sino también conforme a sus propósitos.¹⁷⁹

A los principios señalados, la Corte agregó con su interpretación de las disposiciones constitucionales respectivas, los de proporcionalidad¹⁸⁰ y transparencia¹⁸¹ electorales.

¹⁷⁵ “INDEPENDENCIA JUDICIAL. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL”, Pleno, *ibidem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XIV/2006, p. 24. Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, p. 35; y Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 118.

¹⁷⁶ *Supra*, nota 164.

¹⁷⁷ “FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis P./J. 144/2005, p. 111; y “MATERIA ELECTORAL. PRINCIPIOS RECTORES. EN LAS CONSTITUCIONES Y LEYES DE LOS ESTADOS DEBE GARANTIZARSE, ENTRE OTROS, EL DE CERTEZA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 108, p. 116. Véase también “ELECCIONES. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE SE DEBEN OBSERVAR PARA QUE CUALQUIER TIPO DE ELECCIÓN SEA CONSIDERADA VÁLIDA”, Sala Superior (TEPJF), *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 010/2001, p. 525.

¹⁷⁸ “TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO DE YUCATÁN. LOS ARTÍCULOS 90, FRACCIONES VI Y X, 91, 111, FRACCIONES VI Y X, 120, FRACCIONES VI Y X, Y 281, FRACCIONES VII Y XI, DEL CÓDIGO ELECTORAL DE ESA ENTIDAD, AL ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA OCUPAR LOS CARGOS DE CONSEJEROS CIUDADANOS Y SECRETARIOS TÉCNICOS DEL CONSEJO ELECTORAL, DE LOS CONSEJOS DISTRITALES Y MUNICIPALES, ASÍ COMO MAGISTRADOS NO CONTRAVIENEN LOS PRINCIPIOS RECTORES DE INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y AUTONOMÍA PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, tesis P./J. 55/2005, p. 796.

¹⁷⁹ “MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS...”, *cit.*, nota 164.

¹⁸⁰ “EQUIDAD EN MATERIA ELECTORAL. NO VIOLA ESTE PRINCIPIO EL ARTÍCULO 69, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO ELECTORAL PARA EL ESTADO DE MORELOS, QUE ESTABLECE LAS REGLAS GENERALES CONFORME A LAS CUALES DEBERÁ DISTRIBUIRSE EL FINANCIAMIENTO PÚBLICO ESTATAL ENTRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS”, Pleno, *Apéndice*

C. Efecto de irradiación

La dimensión axiológica y principal de las disposiciones constitucionales, decimos una vez más —aunque nunca lo suficiente—, ocasionan que sus normas tengan un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, que produce su “constitucionalización”, fundado en su carácter de elementos jurídicos básicos de todo el ordenamiento. Este fenómeno se produce en especial a través de dos figuras clave de la dogmática constitucional de nuestro tiempo: la interpretación conforme a la Constitución y la directa eficacia (horizontal) de los derechos fundamentales entre los particulares, muy ampliamente conocida bajo su denominación alemana “*Drittwirkung*”.¹⁸²

a. Interpretación conforme a la Constitución

Esta especie hermenéutica, típicamente “por principios” y de carácter “sistemático y causal teleológico”,¹⁸³ en realidad se dio en México desde 1940 cuando la Segunda Sala de la Suprema Corte sentó precedente en el sentido de que las leyes “deben interpretarse armonizándolas con los estatutos constitucionales” y “siempre en términos constitucionales válidos”;¹⁸⁴ como una manifestación especial de su regla de “referencia jerárquica” en la interpretación jurídica.¹⁸⁵

Aparte de los precedentes citados, los pronunciamientos judiciales mexicanos que realizan una “interpretación conforme a la Constitución” son en su gran mayoría recientes y prácticamente todos pertenecientes a la novena época del *Semanario Judicial de la Federación*. Es notable que la interpretación conforme a la Constitución fue inicialmente, según vemos, más una tendencia natural de los juzgadores —casi inevitable, como un “hablar en prosa sin saberlo”— que una técnica basada conscientemente en los postulados del constitucionalismo contemporáneo, como indica la sigilosa manera en que se realizaba¹⁸⁶ y a

al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001), t. I, tesis 89, p. 90; y “PARTIDOS POLÍTICOS CON REGISTRO ESTATAL. EL ARTÍCULO 34, FRACCIÓN IV, DE LA LEY ELECTORAL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, QUE ESTABLECE QUE DURANTE EL PROCESO ELECTORAL AQUÉLLOS DISFRUTARÁN ADICIONALMENTE DE UNA PRERROGATIVA EN ESPECIE COMO APOYO A SUS PROGRAMAS DE DIFUSIÓN, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO F), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 46, p. 171. Véanse *infra*, nota 231.

¹⁸¹ “PARTIDOS POLÍTICOS. EL MANEJO DE SUS RECURSOS PÚBLICOS Y PRIVADOS SE RIGE POR EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis P./J. 146/2005, p. 154.

¹⁸² Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 131, pp. 46-50.

¹⁸³ *Cfr.* “MEDIO AMBIENTE...”, *cit.*, nota 167; y “MILITARES. EL RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH Y LA CONSECUENTE CESACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS, EXTENSIVA A SUS FAMILIARES CONTAGIADOS, DEBE RESOLVERSE CONFORME AL MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS, A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, septiembre de 2004, tesis I.4o.A.437 A, p. 1807.

¹⁸⁴ “LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS”, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LVII, p. 2581; y “LEYES ORDINARIAS, INTERPRETACIÓN DE LAS”, *idem*, 5a. época, t. LXVI, p. 706.

¹⁸⁵ *Cfr.* Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia, Carl Heymann, 2001, p. 66. *Supra*, nota 41; *supra*, nota 41; “AGRARIO...”, *cit.*, nota 30; y “SUPREMACÍA DE LA LEY SOBRE LAS DISPOSICIONES DE UN REGLAMENTO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, septiembre de 2002, tesis I.2o.P.61 P, p. 1453.

¹⁸⁶ “FALESDAD EN LA DEMANDA DE AMPARO. DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL”, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 31, séptima parte, p. 45; “PRUEBA TESTIMONIAL, OFERENTE DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR A SUS TESTIGOS”, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del

que sólo a últimas fechas con más frecuencia la refieren con su nombre los Tribunales Colegiados de Circuito,¹⁸⁷ la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación¹⁸⁸ y la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁸⁹ quien además la ha empleado tácitamente en diversas ocasiones.¹⁹⁰

Precisamente ésta fue quien, poco a poco, sentó sus bases fundamentales. Curiosamente, primeramente la Corte sentó el imperativo de adoptar decisiones jurídicas con orientación de las normas constitucionales, señalando en el significativo caso del *Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico* que

si se está en presencia de normas legales emanadas del Poder Legislativo y al reglamentarlas [o aplicarlas] se advierte que las mismas admiten *una interpretación opuesta a la Constitución y otra coherente con ella, [las autoridades] deben preferir ésta*, pues toda autoridad se encuentra sujeta, de manera directa, a la Constitución y no puede, como autómatas, limitarse a atender a la ley como

Primer Circuito, *idem*, 8a. época, t. IX, abril de 1992, tesis I.5o.C.256 C, p. 587; “DEMANDA DE NULIDAD, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN”, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, marzo de 1996, tesis VIII.1o. J/3, p. 746; “COMPETENCIA PARA CONOCER EN AMPARO INDIRECTO DE RESOLUCIONES DICTADAS POR UN TRIBUNAL UNITARIO DE CIRCUITO. CORRESPONDE A OTRO TRIBUNAL DE LA MISMA JERARQUÍA Y NO A UN JUEZ DE DISTRITO”, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *idem*, 9a. época, t. IX, enero de 1999, tesis VIII.1o. J/5, p. 624; y “FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA ACCIÓN EN UN PROCESO CIVIL. DEBE IMPUGNARSE COMO DEFENSA O EXCEPCIÓN AL CONTESTAR LA DEMANDA”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXI, marzo de 2005, tesis I.6o.C.341 C, p. 1127.

¹⁸⁷ “DERECHO DE PETICIÓN. AUN CUANDO EN LA DEMANDA NO SE HAYA SEÑALADO EXPRESAMENTE VIOLACIÓN A DICHA GARANTÍA, ATENTO EL PRINCIPIO DE ‘INTERPRETACIÓN CONFORME’, EL JUEZ AL RESOLVER DEBE APLICAR ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, tesis XVII.2o.C.T.14 K, p. 1589; “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA CUANDO ANALICE LA LEGALIDAD DE UN ACTO OPUESTO A LOS VALORES, PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, XXI, abril de 2005, tesis I.4o.A.469 A, p. 1430; e “INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. DE ACUERDO A ELLA LOS TRIBUNALES ORDINARIOS PUEDEN CALIFICAR EL ACTO IMPUGNADO Y DEFINIR LOS EFECTOS QUE SE DEDUCEN DE APLICAR UN PRECEPTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXII, agosto de 2005, tesis I.4o.A. J/41, p. 1656.

¹⁸⁸ “ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ES ADMISIBLE SU INTERPRETACIÓN CONFORME”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 009/2005, p. 561; y “REGIDORES POR EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. REGISTRO DE CANDIDATURAS SOBRE LA BASE DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME (LEGISLACIÓN DE NAYARIT)”, *idem*, tesis S3EL 163/2002, p. 870. Véase “DERECHOS FUNDAMENTALES...”, *cit.*, nota 166.

¹⁸⁹ “ANOTACIÓN REGISTRAL PREVENTIVA DE LA DEMANDA DE AMPARO Y SU AUTO ADMISORIO. ES POSIBLE DECRETAR ESA MEDIDA CAUTELAR EN EL EXPEDIENTE PRINCIPAL DEL JUICIO DE GARANTÍAS EN LA VÍA INDIRECTA, A PETICIÓN DEL INTERESADO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, mayo de 2006, tesis 2a./J. 67/2006, p. 278; “RECURSO DE REVISIÓN. DEBE TENERSE POR INTERPUESTO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL, AUN ANTE LA FALTA DE EXHIBICIÓN TOTAL O PARCIAL DE LAS COPIAS DEL ESCRITO DE AGRAVIOS, CUANDO EL RECURRENTES ES EL QUEJOSO, DEFENSOR O AUTORIZADO Y EL ACTO RECLAMADO IMPLICA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD PERSONAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XX, octubre de 2004, tesis 1a./J. 68/2004, p. 203; controversia constitucional 1/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de marzo de 2004, 2a. sección, con. VII, p. 83; y Pleno, controversia constitucional 14/2001, *idem*, 5 de junio de 2006, *passim*.

¹⁹⁰ “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO...”, *cit.*, nota 150; Pleno, varios 689/2000-PL, 25 de septiembre de 2000, con. II, pp. 65-67 (el criticable caso *IFECOM*; véase *supra*, cap. sexto, § IV.3); controversia constitucional 16/2000, *cit.*, nota 146, con. VI, pp. 92-94 (sobre los límites de la jurisdicción constitucional veracruzana); y controversia constitucional 104/2003, *cit.*, nota 126, 2a. sección, con. VII, pp. 95-96 (más una aplicación que una interpretación “conforme” de la norma impugnada).

si los cuerpos legislativos pudieran dar el contenido y alcance de las normas constitucionales, aunque ello fuera evidentemente contrario a su contenido expreso.¹⁹¹

Más adelante y gradualmente, ese tribunal precisó los fundamentos de la interpretación conforme a la Constitución y los hizo consistir, tal como señala el consenso doctrinario al respecto,¹⁹² en los siguientes: 1) la interpretación conforme a normas de rango superior y la prevalencia de los valores y principios que ellas tutelan, que hacen inadmisibles las decisiones jurídicas inconstitucionales;¹⁹³ 2) la presunción de constitucionalidad de las leyes y otros elementos del sistema jurídico;¹⁹⁴ y 3) la unidad sistemática del ordenamiento, que promueve la común referencia a la supremacía constitucional —con apoyo del sólido fundamento textual del artículo 133¹⁹⁵— e impone esta clase de interpretación como ineludible “labor del Juez constitucional”.¹⁹⁶ Poco a poco los perfiles de esta variedad interpretativa —incluidos sus límites— han permeado la jurisprudencia mexicana al grado de considerársele ya un verdadero “principio” a seguir en la actividad jurídica, que exige “optar por aquella [alternativa] de la que derive un resultado acorde al texto supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles”.¹⁹⁷

b. La *Drittwirkung* en México

En la doctrina contemporánea “hay unanimidad acerca de que los derechos fundamentales actúan sobre el derecho privado, siendo impreciso únicamente de qué manera ello se realiza”.¹⁹⁸ A partir del caso *Lüth*, el Tribunal Constitucional Federal alemán habló de la incidencia de los derechos fundamentales en ámbitos privados del ordenamiento, y formuló la doctrina de su operatividad en ellos mediante una eficacia directa frente a particulares (*Drittwirkung*); tal fue un primer intento de irradiación de las normas fundamentales y de “constitucionalización” del sistema jurídico. Pero, al cabo, los germanos abandonaron esta doctrina y sostuvieron la del “deber de protección de los derechos fundamentales (*grundrechtliche Schutzpflicht*)”, que tiene todo órgano estatal, en cuya virtud es el Estado quien en realidad garantiza dichos valores en las relaciones privadas.¹⁹⁹

¹⁹¹ *Loc. cit.*, nota 134 (cursivas añadidas).

¹⁹² Cfr. Bogs, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966, pp. 17-24; y García de Enterría, *op. cit.*, nota 130, pp. 95-97.

¹⁹³ Acción de inconstitucionalidad 26/2004, *cit.*, nota 9, con. VI, p. 58; *supra*, nota 185; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONALES. LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO...”, *cit.*, nota 150.

¹⁹⁴ Controversia judicial federal 1/2005, *cit.*, nota 80, con. III, pp. 64-66. Véase “MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. EN LA INTERPRETACIÓN DE SUS CONSTITUCIONES, EN LA PARTE RELATIVA A SU DESIGNACIÓN, DEBE OPTARSE POR LA QUE RESPETE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 42, p. 71.

¹⁹⁵ Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. 59.

¹⁹⁶ Segunda Sala, amparo directo en revisión 452/2005, 4 de mayo de 2005, con. V, pp. 28-29; y amparo directo en revisión 1936/2005, *cit.*, nota 121, con. VI, pp. 37-39. Véase *supra*, nota 126.

¹⁹⁷ “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 2a. XCII/2007, p. 381.

¹⁹⁸ Guckelberger, Annette, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Fráncfort del Meno, año 43, núm. 12, diciembre de 2003, p. 1157.

¹⁹⁹ Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 131, pp. 47-48.

La aplicabilidad de las garantías individuales entre particulares no es idea nueva en México.²⁰⁰ Desde la primera mitad del siglo XX, la Suprema Corte sentó precedentes en el sentido de que las garantías individuales —al menos algunas de ellas— “indudablemente” imponían deberes a los particulares frente a otros, a los que con “mayor razón” que al Estado se vedaba menoscabar las libertades y derechos públicos de los últimos, llamando la atención que ello se dio principalmente en el ámbito laboral.²⁰¹ A pesar del abandono que tuvo esta doctrina durante décadas, en los últimos tiempos encontramos decisiones judiciales que parecen revivir la *plena eficacia en la vida social de los derechos fundamentales*, con un gran impulso por parte de la teoría contemporánea.

De suma trascendencia al tema es lo resuelto por la Segunda Sala de la Corte en el amparo en revisión 2/2000 que trató sobre la admisión como prueba en un proceso civil, de la grabación de una conversación telefónica obtenida sin el consentimiento de sus participantes. Son varios los —muy importantes— puntos a resaltar de esta ejecutoria.²⁰²

- 1) Se reconocen la “intimidad” y la “vida privada” de las personas como “garantías constitucionales”, al ser los bienes jurídicos (valores) que intentó proteger el Constituyente al establecer la “inviolabilidad de las comunicaciones privadas”, que constituye un “principio universal que [...] implica que ni la autoridad ni los particulares pueden intervenir una comunicación” (pp. 70 y 73);
- 2) Formula el concepto de “*ilícito constitucional*” que consiste en “la omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la Constitución” (pp. 70-71);
- 3) En virtud de que la Constitución contiene normas que imponen deberes a los particulares —2o., 4o., 27 y 31—, éstos también pueden ser sujetos activos de un “ilícito constitucional” (pp. 71-72); y
- 4) El referido “principio universal”, por ende “*oponible tanto a autoridades como a particulares*” (cursivas añadidas), impone que sean inadmisibles como pruebas en un proceso,²⁰³ las

²⁰⁰ Para la evolución de este concepto en nuestro país, es una importante referencia Mijangos y González, *op. cit.*, nota 195.

²⁰¹ “TRABAJADORES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXIII, p. 959; “GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, DEBER DE RESPETO A LAS”, Cuarta Sala, *idem*, 6a. época, vol. XXXII, quinta parte, p. 49; y “ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEBE SER RESPETADO NO SÓLO POR LAS AUTORIDADES, SINO TAMBIÉN POR LOS PARTICULARES. FERROCARRILES”, Cuarta Sala, *idem*, 6a. época, vol. LXIX, quinta parte, p. 10.

²⁰² 11 de octubre de 2000, con. IV, pp. 54 y ss. De esta resolución derivaron las siguientes tesis: “COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL” y “COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, diciembre de 2000, tesis 2a. CLX/2000 y CLXI/2000 respectivamente, p. 428.

²⁰³ Debe tenerse en cuenta la matización que formuló la Suprema Corte en el caso *Lydia Cacho* a la inadmisibilidad probatoria de la intervención de comunicaciones privadas, distinguiendo los efectos que posee cuando sirve a la autoridad como simple noticia de un hecho ilícito o prueba de veracidad del mismo; lo que no deja de originar problemas y un posible menoscabo a los derechos fundamentales bajo el pretexto de “adquirir conocimiento de hechos ilícitos” y dada la manera incompleta con que se formuló esa distinción; Pleno, facultad de investigación 2/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de marzo de 2007, 2a. sección, con. V, pp. 73-74. En la discusión sobre este punto no está de más incluir a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, que prohíbe al Estado “tomar conocimiento del contenido y las circunstancias próximas de una telecomunicación”, sin importar si lo adquirió por sí mismo o proporcionado por particulares (*supra*, cap. segundo, nota 195).

intervenciones telefónicas —y, por extensión, cualquier otra “comunicación privada”— “llev[adas] a cabo por un particular mediante la grabación realizada de una conversación telefónica de la que no forma parte” —esto último aún bastante discutible en caso de no haber consentimiento de *todas* las partes de la comunicación de que se trate—, “pues de lo contrario se convalidaría un hecho que en sí mismo es ilícito” (pp. 77-78).

Es claro que en esta resolución nuestra Suprema Corte se muestra favorable a la *Drittwirkung* y trasciende la doctrina tradicional de que los derechos fundamentales son sólo “derechos subjetivos públicos” frente al Estado, agregándole su eficacia directa, que con anterioridad se les había negado en el mismo ámbito;²⁰⁴ esta dimensión adicionada, obviamente, impone a los poderes públicos el “deber de protección” de tales garantías que no se despliega únicamente en su simple obligación omisiva de no realizar directamente tales actos, sino a lograr la salvaguarda de esos derechos con los actos necesarios para evitar su “convalidación”. En resumen, en esta oportunidad la Corte se adscribió a la tesis de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y, como consecuencia, simultáneamente a la del “deber tutelar” de los mismos a cargo del de los órganos estatales —no podría concebirse la primera sin la segunda, pero sí viceversa—. Tal decisión es para nosotros un loable intento de ponerse a tono con la teoría iusfundamental contemporánea que también sigue la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁰⁵

Posteriormente a este importante asunto, de algún modo u otro, varios de nuestros tribunales han reiterado la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares. La Segunda Sala de la Corte, nuevamente, afirmó el deber de protección de los derechos fundamentales vulnerado por la Ley Federal del Trabajo al establecer la famosa “*cláusula de exclusión*” e impedir la libre asociación sindical y la libertad de ocupación de los trabajadores que no pertenezcan al sindicato titular de un contrato-ley, dado lo absurdo que resulta “[e]jercer un derecho consagrado constitucionalmente y perder el trabajo como consecuencia de ello”, proscribiendo asimismo las cláusulas contractuales que vulneren garantías individuales en general.²⁰⁶ La Sala Superior del Tribunal Federal Electoral, al desarrollar el concepto “procedimientos democráticos” que deben establecerse en los estatutos de los partidos políticos —aunque “entidades de interés público”, no son “autoridades”—, señaló que entre otras cosas éstos deben garantizar a los miembros una situación igualitaria y otros “ciertos derechos fundamentales”.²⁰⁷ Y tampoco quedan atrás los Tribunales Colegiados de Circuito: el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al analizar el *derecho a un medio ambiente adecuado*, concluyó que además de imponer a los autoridades obligaciones de “vigilancia, conservación y garantía”, establece “un poder de exigencia y un deber de respeto *erga omnes* a preservar la sustentabilidad del entorno

²⁰⁴ “COMUNICACIONES PRIVADAS. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE SUS GRABACIONES NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SU INVOLABILIDAD”, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VI, diciembre de 1997, tesis I.5o.C.9 K, p. 656.

²⁰⁵ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 4, pp. 132-136.

²⁰⁶ Amparo directo en revisión 1124/2000, *loc. cit.*, nota 72. De esta resolución derivó la siguiente tesis: “CONTRATOS COLECTIVOS DE TRABAJO O CONTRATOS-LEY. EN ELLOS NO SE PUEDEN PACTAR CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO INFERIORES A LAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL NI CONTRARIAR LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIII, mayo de 2001, tesis 2a. LXII/2001, p. 445.

²⁰⁷ “ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 03/2005, p. 120. Véase también *infra*, nota 472.

ambiental”, que por supuesto puede oponerse a particulares;²⁰⁸ y el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.²⁰⁹

Pero aún podemos encontrar criterios incongruentes con la tendencia anterior, en recientes decisiones de la Suprema Corte. Tal ha sido el caso, ya mencionado, de la vinculación al derecho de petición de las autoridades cuando actúan como simples particulares, y también el de la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de estipulaciones de convenios privados, resuelto por una decisión cerrada de la Primera Sala.²¹⁰

3. *El orden fundamental liberaldemocrático mexicano*

El tipo de ordenamiento que instituyen las normas constitucionales al salvaguardar determinados valores, puede hacer las veces de “criterio-guía para la comprensión de la Constitución” que permita la constancia de criterios de interpretación y la postulación de las condiciones de su utilización.²¹¹ Los postulados de *filosofía política* que inspiran materialmente a la ley fundamental —o al menos se entiende que lo hacen— pueden determinantes en su interpretación, las más de las veces ser implícitamente y en otras manifiesta y dramáticamente, al influir la precomprensión del intérprete, traducirse en determinadas directivas de interpretación o bien aportar razones a favor o en contra de las alternativas de decisión.²¹²

Al hablar en México de un “orden fundamental liberaldemocrático”, lejos de incurrirse en el despropósito de emular inconsultamente a la dogmática extranjera —la alemana, cuya *Grundgesetz* sí usa textualmente ese concepto, así como su jurisprudencia y su literatura—, se hace una referencia sumamente conveniente; con esta expresión se alude sintéticamente a una compleja serie de postulados sustantivos, estructurales y éticos, resultantes de que las normas constitucionales imponen “desde arriba” determinados valores esenciales y supremos, a desenvolverse con múltiples implicaciones en toda la actividad de un Estado constitucional y la vida social en general.²¹³ Como se adelantó algo en líneas precedentes y veremos a continuación, especialmente según la interpretación que se le ha dado en la última época jurisprudencial y aunque la idea carece de un pleno desarrollo, la Constitución mexicana

²⁰⁸ “DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis I.4o.A.569 A, p. 1665. De este mismo tribunal es interesante el criterio que, desarrollando el “derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para el sano desarrollo y la preservación y restauración del equilibrio ecológico”, consideró como bienes jurídicos a su amparo “la protección y bienestar de los mamíferos en cautiverio, como sería preservar su vida e integridad, además de darles un trato digno y respetuoso, evitando la crueldad en su contra” (“NORMA OFICIAL MEXICANA DE EMERGENCIA NOM-EM-136-ECOL-2002. ES ACCESORIA AL DERECHO FUNDAMENTAL QUE PROTEGE EL EQUILIBRIO ECOLÓGICO EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS Y LA JERARQUÍA DE ÉSTOS”, *idem*, t. XXI, enero de 2005, tesis I.4o.A.449 A, p. 1806); véase “MEDIO AMBIENTE...”, *cit.*, nota 167.

²⁰⁹ “CENSURA. LA EMPRESA QUE EDITA Y PUBLICA UNA OBRA, CARECE DE FACULTAD PARA EXAMINAR QUE SU CONTENIDO NO CONTenga CALIFICATIVOS INJURIOSOS Y EXPRESIONES MALICIOSAS, ASÍ COMO REVISAR LA VERACIDAD DE LO INFORMADO Y POR ELLO IMPEDIR SU PUBLICACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis I.11o.C.193 C, p. 3110.

²¹⁰ *Supra*, nota 163.

²¹¹ Cossío Díaz, *La teoría...*, *cit.*, nota 30, p. 176.

²¹² *Cfr. supra*, § I.3; Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 262-263; y Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 153, p. 80.

²¹³ Véase sobre este concepto y como referencia general para esta sección, *supra*, cap. segundo, § II.3.

pretende organizar un *Estado constitucional democrático* basado en la dignidad humana como valor fundamental, el respeto a los derechos fundamentales y al pluralismo político y cultural.

El concepto general de “dignidad humana” no se había expresado en una clara norma jurídica de nuestra Constitución, que directamente regule alguna conducta, sino hasta la reforma publicada el 14 de agosto de 2001 por la cual se introdujo la prohibición de toda discriminación que “atente” contra ella.²¹⁴ Es simplemente *insondable* la relevancia de esta disposición; si la Constitución mexicana prohíbe afectar por discriminación a la dignidad humana, no está constitucionalmente permitido vulnerarla de cualquier modo —a menos que incurramos en una absurda incongruencia— y por lo tanto, como en Alemania, es simplemente “intocable”, con las inimaginables posibilidades de aplicación de este principio de intangibilidad. Concluimos de lo anterior que en México, *la dignidad humana es un valor constitucional*; resta confirmar su categoría de “central” o “supremo” del ordenamiento en general y del constitucional en especial.

La Suprema Corte, desde el caso *Temixco* —aunque su aplicación no fue correcta en nuestra opinión—, afirmó el fundamento de todas las instituciones políticas y jurídicas mexicanas en la dignidad de las personas; en tal ocasión afirmó que en el esquema de la ley fundamental “siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir *el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución*”.²¹⁵ Sin embargo, no fue sino años más tarde que hubo una declaración clara y terminante de su parte en tal sentido:

El contenido cultural de la Constitución guarda relación con el conjunto de normas o directrices correspondientes a la identidad y fines de la unidad social que supone el Estado. En el Estado constitucional democrático, *los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, constituyen la “premisa antropológica y cultural” del ordenamiento jurídico*. La Constitución se constituye, así, no sólo como una norma jurídica, sino como expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación de los gobernados, imagen de su patrimonio cultural y fundamento de sus aspiraciones.²¹⁶

A modo de nota de interés, es preciso decir que las ideas de las normas constitucionales como expresión cultural y, particularmente, la concepción de la dignidad humana como “premisa antropológica y cultural” del Estado constitucional, tienen nombre y apellido: Peter Häberle.²¹⁷ Como hemos visto, esta calidad de la dignidad humana la erige en el valor central

²¹⁴ El inc. c) de la fr. II del artículo 3o. de la Constitución, que habla de que la educación contribuirá al “aprecio para la dignidad de la persona”, es la expresión de un “fin educativo” al que tradicionalmente se le negó calidad jurídica, pero ya no más al menos en algún grado y determinados contextos; véase *infra*, nota 217. La adición de un séptimo párrafo al artículo 4o. constitucional, publicada el 7 de abril de 2000, se limitó a la “dignidad de la niñez”. Véase “GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis 2a. CXVI/2007, p. 639.

²¹⁵ *Supra*, nota 156. Véase *infra*, nota 240.

²¹⁶ Segunda Sala, amparo en revisión 1338/2004, 12 de noviembre de 2004, con. VI, pp. 17-18 (cursivas añadidas).

²¹⁷ “En el pluralismo de los fines educativos (*Erziehungsziele*) y en el antagonismo de los valores orientadores (*Orientierungswerte*) [que son elementos culturales de la Constitución], ‘conjuntados (*zusammengehalten*)’ sólo por el consenso sustancial constitucional, se ubican los contenidos (*Gehalt*), las tendencias y los procesos de identidad e individualidad, apoyados (*begründen*) por la unidad y la pluralidad de una *res publica*”, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Friburgo-Múnich, Alber, 1981, p. 42; “En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la ‘premisa antropológica cultural’...”, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México,

y fundante de toda la regulación y de los principios más o menos específicos que establece el ordenamiento jurídico, en especial de los derechos fundamentales; no es nada nuevo que en México se considere a la dignidad humana como fundamento de las garantías individuales y de los derechos humanos en general,²¹⁸ pero quizá sí que ella sea considerada como un valor que orienta en forma determinante la interpretación, no sólo de las disposiciones ordinarias, sino también la de las contenidas en la misma Constitución; de esto último podemos encontrar diversos ejemplos.

Antes que cualquiera, es punto esencial de referencia y de partida para cualquier desarrollo del tema, la admisión en la jurisprudencia de la Corte de la doctrina del “mínimo vital” derivado de la dignidad humana. Nuestro tribunal constitucional afirmó que este valor, desprendido de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la ley fundamental, tiene por objeto permitir al individuo “desarrollar un plan de vida autónomo” y procurar que “no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean”, manteniendo una “existencia digna” y “libre del temor y de las cargas de la miseria”, y es así “un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido”, especialmente las relativas a la “vida democrática”.²¹⁹ Es evidente que con este criterio se sigue una moderna doctrina relativa a la dignidad humana que, partiendo de la indispensable presencia del autofin kantiano, proyecta al ser humano en su dimensión colectiva y en su participación en la dirección de la sociedad, y como “fin” no “objeto” o “mero integrante” de la organización estatal; con esta declaración de la Corte, vemos que comienza a vislumbrarse una imagen del individuo como guía al ordenamiento jurídico, del cual se convierte en su concepto central, y a desarrollarse las primeras implicaciones modernas de la inclusión textual de la dignidad humana en nuestra Constitución.

Al analizar la regulación legislativa del derecho a la protección de la salud, el Pleno de la Suprema Corte resolvió que la vida, la salud y la dignidad humana son “valores supremos” de la Constitución porque permiten el disfrute de otros derechos, pero que en realidad la segunda es consecuencia de los demás porque “para vivir dignamente es indispensable que [...] la persona cuente con todos los apoyos [...] necesarios para conservar, mejorar o recuperar su salud”,²²⁰ aunque esta conclusión se ubica en buen camino, con precisión debe decirse que más bien existe una relación de fundamentación sucesiva entre la dignidad humana y los derechos a la vida y a la salud. La misma función orientadora tiene este valor ante el principio de la rectoría económica del Estado —en relación con el principio de Estado social, consecuencia necesaria de aquél²²¹—, a cuya indeterminación puede dar un contenido más

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 5 y 14 (véase también *supra*, cap. segundo, nota 212); y “La Constitución no es sólo un texto jurídico o un ‘mecanismo (*Regelwerk*)’ normativo, sino también expresión de una situación de evolución cultural (*kultureller Entwicklungszustand*), medio de autorrepresentación (*Selbstdarstellung*) del pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas”, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982, p. 19.

²¹⁸ Cfr. Burgoa, *op. cit.*, nota 7, pp. 13 y ss. Véase “ALIMENTOS. FORMA EN QUE EL ESTADO MEXICANO DEBE ACATAR SU OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis I.3o.C.589 C, p. 1606.

²¹⁹ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVII/2007, p. 793.

²²⁰ Amparo en revisión 115/2003, *cit.*, nota 34, con. IV, pp. 52-55.

²²¹ Cfr. Häberle, Peter, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, vol. II, p. 350.

preciso de acuerdo a sus implicaciones.²²² Y, finalmente, precisamente la consideración a la dignidad humana da pie a directivas de aplicación procedimentales ante casos en que posiblemente pueda afectarse, que disponen medidas más estrictas para evitarla y en oposición a cierta “laxitud” para cuando ese peligro fuere remoto, aunque siempre bajo la constante búsqueda de su óptima salvaguarda.²²³

La máxima garantía de los derechos fundamentales, iluminada por la mayor protección posible a la dignidad humana, lleva a la conclusión en la reciente interpretación de la Suprema Corte —aunque no siempre constantemente aplicada—, de que los derechos constitucionales tienen carácter *mínimo* y establecen un “ambiente de derecho y libertad” manifestado por el hecho de que su goce “es el estado natural y general de toda persona en [nuestro país]”, por lo que pueden ser ampliados por los tratados internacionales y el legislador ordinario; a nuestro sistema se integra constitucionalmente el principio *pro homine* en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, reconocido implícitamente por la Corte y explícitamente por otros tribunales, con lo que lejos de contrariarse la ley fundamental se le satisface al extender las libertades públicas más allá de lo básicamente previsto por ella.²²⁴ Por lo tanto es la Constitución mexicana de cariz *liberal*, lo que ha expresado así la Suprema Corte:

El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales persigue crear y mantener las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en condiciones compatibles con la dignidad humana.²²⁵

²²² “FINES EXTRAFISCALES. LAS FACULTADES DEL ESTADO EN MATERIA DE RECTORÍA ECONÓMICA Y DESARROLLO NACIONAL CONSTITUYEN UNO DE SUS FUNDAMENTOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis 1a./J. 28/2007, p. 79. Véanse también “OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, tesis 1a. CXIX/2006, p. 335; “PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LOS ARTÍCULOS 73, PÁRRAFO SEGUNDO, 86 Y 87 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis P./J. 108/2005, p. 5; “AHORRO Y CRÉDITO POPULAR. EL ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 27 DE MAYO DE 2005, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 1a. CCXXVIII/2007, p. 181; y “COMERCIO, LIBERTAD DE. LA CONSTITUCIÓN AUTORIZA SU RESTRICCIÓN EN BENEFICIO DE LA COLECTIVIDAD”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 34, primera parte, p. 34.

²²³ “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, XX, diciembre de 2004, tesis 1a. CXXXIII/2004, p. 361; “MULTAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS. NO RIGEN PARA ELLAS LAS PRERROGATIVAS PROCESALES QUE ESTABLECE LA LEY DE AMPARO EN RELACIÓN CON LOS ACTOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 66, p. 75; y “MILITARES. EL RETIRO...”, *cit.*, nota 183.

²²⁴ *Cfr.* amparo en revisión 123/2002, *cit.*, nota 72, con. III, pp. 49 y ss; “GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 62, sexta parte, p. 39; “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. XXXIII, p. 1848; y “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. XLV, p. 1533; controversia constitucional 16/2000 (voto de minoría de los ministros Díaz Romero, Aguinaco Alemán, Román Palacios y Silva Meza), *cit.*, nota 146, p. 119; *supra*, § III.1.B; y *supra*, cap. tercero, § IV. Véase sobre la “intervención penal mínima”, Primera Sala, amparo directo en revisión 1063/2005, 7 de septiembre de 2005, con. V, p. 54.

²²⁵ Primera Sala, contradicción de tesis 105/2006-PS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, con. V, pp. 151 y ss.

Impulsando la protección de este último valor a los derechos fundamentales, el mismo también caracteriza al sistema político que establece nuestra Constitución, porque “[e]l método democrático es una garantía de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, estos derechos son esenciales para la posibilidad de un régimen democrático”.²²⁶ El “principio de autodeterminación” de los ciudadanos mexicanos, obviamente fundado en su dignidad humana, caracteriza a nuestro régimen republicano y democrático; la “cosa pública” se refiere a todos y cada uno de nosotros y no a unos cuantos, y los ciudadanos con el ejercicio de los derechos de participación política, en particular el de voto, contribuyen a la “integración de la comunidad política” y le brindan legitimidad. A tales derechos, por lo tanto, ya resulta *inadecuada la tradicional clasificación que los distinguía de las garantías individuales y, junto a éstas, constituyen un conjunto de “derechos fundamentales”*, indisponibles para las mayorías y que permiten la “autonomía de los ciudadanos unidos en un Estado bajo leyes de libertad, [que] forma parte de los principios constitutivos de una comunidad entendida como Estado democrático”, para reducir la posibilidad del ejercicio autoritario del poder “a través de un máximo de participación y de necesidad real de consenso para todas las decisiones políticas”.²²⁷

Esto último nos lleva directamente al *quid* democrático de la actualidad: el pluralismo; pero uno que enlaza las diversas perspectivas individuales y grupales en la unidad de los valores fundamentales que salvaguarda la Constitución —lo que tiene gran trascendencia para la difícil cuestión indígena en nuestro país—.²²⁸ La democracia contemporánea no se caracteriza sólo por afirmarse en ella la decisión de las mayorías, sino principalmente por el reconocimiento a la (inevitable) diversidad humana; este pluralismo político y social, no sólo es meramente *protegido* por el orden constitucional a través de ciertas garantías como las

²²⁶ Pleno, acción de inconstitucionalidad 47/2006 y acums., *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 2006, 2a. sección, con. XV, p. 41. Cfr. Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 130.

²²⁷ Acción de inconstitucionalidad 47/2006, *cit.*, nota 226, cons. XIV-XV, pp. 32-43.

²²⁸ Cfr. amparo en revisión 123/2002, *cit.*, nota 72, con. III, pp. 69 y 125-126. “El nuevo artículo 2o. constituye una verdadera carta de los derechos indígenas. Comienza con la afirmación contundente de la unidad e indivisibilidad de la nación. [...] Queda claro que el reconocimiento de la pluralidad tiene que darse dentro de la unidad pues de otro modo se sentarían las bases del rompimiento. La nación mexicana es resultado del sentimiento de unidad que empieza a manifestarse en la Independencia y que se va afirmando paulatinamente, que se fortalece frente a las amenazas exteriores pero que después busca su base en el logro de propósitos comunes. [...] Es la diversidad dentro de la totalidad; [...] El punto de partida que ahora se establece es el reconocimiento de culturas diferentes a la mestiza general, pero dentro de ésta, de acuerdo con el orden jurídico nacional y como esfuerzo fundado en la legitimidad. Los indígenas no han sido asimilados dentro del gran conjunto nacional y han quedado negados a la sociedad mexicana que se ha conformado. Hay la decisión nacional de hacer efectivo a los indígenas lo que la Constitución y las leyes establecen a favor de todos los mexicanos, [...] Las variedades sociales son complejas y varían según la cultura y la región. Por ello son las Constituciones y las leyes de los Estados las que, en forma natural, deben hacer el reconocimiento de unos y otros de acuerdo con sus circunstancias particulares. Tal reconocimiento sólo puede darse dentro del orden establecido por la Constitución, con respeto a las formas políticas vigentes, en especial el Municipio Libre”, controversia constitucional 82/2001 (voto de minoría de los ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Silva Meza), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, pp. 727 y ss. Véanse Häberle, *Erziehungsziele...*, *loc. cit.*, nota 217; Touraine, Alain, *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 2a. ed., trad. de Ricardo González, México, FCE, 2002, pp. 53-66; Salcedo Aquino, Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalismo*, México, Torres Asociados, 2005, pp. 72-75 y 101; y Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2001, pp. 130-131.

relativas a la libre expresión²²⁹ y el derecho a la información,²³⁰ sino *promovido* como un auténtico valor del Estado constitucional mexicano a través de la integración de minorías políticas en la integración de los órganos legislativos, su acceso a los medios de comunicación y, en general y sobre todo, la orientación teleológica que ese valor fundamental aporta para la interpretación del ordenamiento jurídico.²³¹

El pluralismo se traduce en el presupuesto de uno de los “elementos esenciales de la democracia”, la deliberación pública, que permite en el marco de las divergencias entre los ciudadanos y los grupos y partidos que integran, el hallazgo de consensos y el enriquecimiento de horizontes que se realiza por la confrontación de diferencias y los argumentos que los sostienen. Este elemento se manifiesta particularmente en su constitución como una *formalidad esencial del procedimiento legislativo* —tarea de la representación social por excelencia, al menos teóricamente—, cuyo incumplimiento determina la invalidez de aquellas normas cuyos aspectos sustantivos no fueron discutidos por las facciones que pluralmente integren el órgano parlamentario.²³²

Finalmente, el ordenamiento mexicano también afirma ciertos principios estructurales de un Estado constitucional democrático, como el del *Estado de derecho*, pero intentando —no sin esfuerzo— llevarlos más allá de sus límites tradicionales. Así, al lado del principio de

²²⁹ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA...”, *cit.*, nota 174; y acción de inconstitucionalidad 45/2006, *loc. cit.*, nota 174.

²³⁰ “DERECHO A LA INFORMACIÓN. NO DEBE REBASAR LOS LÍMITES PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 6o., 7o. Y 24 CONSTITUCIONALES”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIV, septiembre de 2001, tesis I.3o.C.244 C, p. 1309; y “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, tesis I.4o.C.57 C, p. 1709.

²³¹ “MATERIA ELECTORAL. BASES GENERALES DEL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 164, p. 146; “MATERIA ELECTORAL. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL COMO SISTEMA PARA GARANTIZAR LA PLURALIDAD EN LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS”, Pleno, *idem*, t. I, tesis 166, p. 148; “CLÁUSULA DE GOBERNABILIDAD. EL SISTEMA ASÍ CONOCIDO, QUE ASEGURABA EN LOS CONGRESOS LEGISLATIVOS LA GOBERNABILIDAD UNILATERAL DEL PARTIDO POLÍTICO MAYORITARIO, FUE MODIFICADO DESDE 1993, AL CULMINAR UNA SERIE DE REFORMAS CONSTITUCIONALES QUE TIENDEN A CONSOLIDAR EL SISTEMA DEMOCRÁTICO, ADOPTANDO EL SISTEMA DE GOBERNABILIDAD MULTILATERAL QUE, POR REGLA GENERAL, OBLIGA A BUSCAR EL CONSENSO DEL PARTIDO MAYORITARIO CON LOS MINORITARIOS (INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 41, 52, 54 Y 116 CONSTITUCIONALES)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 31, p. 34; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 2/2004 y acum., *Diario Oficial de la Federación*, 5 de abril de 2004, 2a. sección, con. VI, p. 89. Véase “REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. EN LA INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA LEGAL DE ASIGNACIÓN DEBE PREVALECER LA QUE CONDUZCA A LA MAYOR PROPORCIONALIDAD (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA)”, Sala Superior (TEPJF), *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 057/98, p. 899.

²³² Acción de inconstitucionalidad 36/2001, *cit.*, nota 123, 1a. sección, con. V, pp. 62-63; Pleno, acción de inconstitucionalidad 9/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, con. VII, pp. 1180 y ss; “LEYES ELECTORALES. EL PLAZO EN QUE DEBEN PROMULGARSE Y PUBLICARSE, Y DURANTE EL CUAL NO PODRÁ HABER MODIFICACIONES SUSTANCIALES A LAS MISMAS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO JUSTIFICA LA URGENCIA EN SU APROBACIÓN POR EL ÓRGANO LEGISLATIVO QUE ELUDA EL PROCEDIMIENTO QUE DEBA CUMPLIRSE”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 34/2007, p. 1519; “SEGURO SOCIAL. LA REFORMA A LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 5o. A DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 29 DE ABRIL DE 2005, NO VIOLA EL NUMERAL 72, APARTADO H, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis 1a. LXXXIII/2007, p. 268; y “SEGURO SOCIAL. LA REFORMA A LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 5o.-A DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 29 DE ABRIL DE 2005, NO VULNERA EL ARTÍCULO 72 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis 2a./J. 51/2007, p. 527.

legalidad que impone a las autoridades realizar sólo los actos que les permite la ley —en su clásica formulación en la jurisprudencia mexicana—,²³³ en los últimos años nuestros tribunales han continuado las implicaciones del principio de seguridad jurídica²³⁴ y haciendo de ella una “garantía”, en cuanto a que tiene por fin impedir la arbitrariedad de las autoridades y generar certidumbre a los gobernados,²³⁵ y ²³⁶ provocando la invalidez de leyes que sean “oscuras” e “induzcan a confusión”,²³⁷ lo que tiene especial relevancia tratándose del principio de tipicidad punitiva,²³⁸ o la de actos que constituyan simples “error[es] de técnica procesal”.²³⁹

²³³ “AUTORIDADES”, Pleno, *idem*, t. VI, tesis 87, p. 69; “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, Segunda Sala, *idem*, t. VI, tesis 204, p. 166; Pleno, acción de inconstitucionalidad 26/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2007, 2a. sección, cons. IX y X, pp. 61 y 72; y *supra*, notas 123 y 155.

²³⁴ Para una nómina moderna de los elementos de este concepto, véase Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, México, CNDH, 2004, pp. 125-127. Dicho principio posee además una especial manifestación en la certeza electoral; véase “MATERIA ELECTORAL. PRINCIPIOS RECTORES...”, *cit.*, nota 177.

²³⁵ “GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. SUS ALCANCES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, tesis 2a./J. 144/2006, p. 351; y “LEGALIDAD TRIBUTARIA. SU ALCANCE CUANDO EL LEGISLADOR FACULTA A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA ESTABLECER EL VALOR DE UN FACTOR DE ACTUALIZACIÓN QUE INCIDE EN EL MONTO DE LA BASE GRAVABLE O EN LA CUANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA ACCESORIA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 2a./J. 155/2006, p. 196.

²³⁶ Véanse como ejemplos: “METROLOGÍA Y NORMALIZACIÓN. EL ARTÍCULO 112 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE CONTEMPLA LAS SANCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE POR LAS INFRACCIONES QUE SE COMETAN, VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE PRIMERO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 377, p. 433; “AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO. LA SANCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY QUE REGULA LA PRESTACIÓN DE ESE SERVICIO PÚBLICO EN EL ESTADO DE COLIMA, PARA LOS USUARIOS QUE INCUMPLAN CON EL PAGO DE LOS DERECHOS RESPECTIVOS, TRANSGREDE LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIV, agosto de 2001, tesis 1a. LX/2001, p. 167; “ORDEN DE APREHENSIÓN. EL INDIADO TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL JUEZ RESPONSABLE DE RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DICTARLA”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 1a./J. 54/2007, p. 67; “OBLIGACIONES FISCALES. EL ARTÍCULO 32-D DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2006, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 2a. CLII/2007, p. 450; Pleno, acción de inconstitucionalidad 11/2002, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de marzo de 2004, 2a. sección, con. IX, p. 126; y amparo en revisión 452/2005, *cit.*, nota 196, con. V, p. 25.

²³⁷ “REPARTO ADICIONAL DE UTILIDADES. EL ARTÍCULO 985 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO ES INCONSTITUCIONAL EN LA PARTE QUE ESTABLECE ‘3 DÍAS SIGUIENTES AL RECIBO DE LA NOTIFICACIÓN’, POR GENERAR INSEGURIDAD JURÍDICA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, enero de 2006, tesis 2a. II/2006, p. 1304; véase también “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD PUEDE DERIVARSE DE LA CONTRADICCIÓN CON OTRA LEY, A TRAVÉS DE LA DEMOSTRACIÓN DE TRANSGRESIÓN A LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA POR LA NORMA APLICADA EN PERJUICIO DEL QUEJOSO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XVII, enero de 2003, tesis I.3o.C.377 C, p. 1812. Sin embargo, según el caso, debe confrontarse lo anterior con los criterios referidos *supra*, notas 26 y 27.

²³⁸ “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 1a./J. 10/2006, p. 84; “TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P./J. 100/2006, p. 1667.

²³⁹ “MINISTERIO PÚBLICO. LA RESOLUCIÓN EN LA QUE DECLARA ENCONTRARSE IMPOSIBILITADO JURÍDICAMENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS DENUNCIADOS EN VIRTUD DE QUE OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y, ACORDÓ NO INICIAR NI INTEGRAR LA AVERIGUACIÓN PREVIA RESPECTIVA, TRANSGREDE LAS

El principio del Estado de Derecho, además de una simple garantía de certeza a los gobernados y como consecuencia de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, afianza en el ordenamiento de nuestro país los valores de “la *razonabilidad y buena fe* que debe caracterizar la actuación de los órganos de gobierno”.^{240 y 241} Un relevante ejemplo de lo anterior es que “las leyes deben considerarse publicadas no cuando lo son formalmente, en la fecha del periódico oficial, sino cuando lo son realmente, tomando en cuenta la fecha de su circulación”,²⁴² indicando así que el poder público, bajo nuestro régimen constitucional, debe ejercerse sin afán de perjudicar gratuitamente o defraudar a los ciudadanos.

Como conclusión general de los párrafos anteriores, puede afirmarse que el mexicano es un *Estado constitucional basado en un orden fundamental liberal y democrático* establecido por la Constitución. Los valores superiores de este orden fundamental, que sin perjuicio de poderse entrar en detalles, consisten primordialmente en los siguientes: *dignidad humana* — eje central de todo él—, el *pluralismo* dentro de la unidad social, y el *ejercicio republicano del poder público*, implicando que sólo sea conforme a derecho y en la medida en que él lo autoriza, razonable y de buena fe; no sólo pueden, sino deben, ser los elementos orientadores de la interpretación y aplicación constitucional y, por consiguiente, del resto del ordenamiento jurídico a la luz de los principios que postula la ley suprema.

GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, febrero de 2002, tesis 1a. XIII/2002, p. 29.

²⁴⁰ “TRÁNSITO. ES UN SERVICIO PÚBLICO QUE EL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN RESERVA A LOS MUNICIPIOS, POR LO QUE SI ALGUNO LLEGA A CELEBRAR UN CONVENIO CON EL GOBIERNO DEL ESTADO PARA QUE ÉSTE LO PRESTE EN EL LUGAR EN EL QUE RESIDE, EL MUNICIPIO, EN TODO MOMENTO, PUEDE REIVINDICAR SUS FACULTADES, PUES UN CONVENIO NO PUEDE PREVALECER INDEFINIDAMENTE FRENTE A LA CONSTITUCIÓN”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 188, p. 173 (cursivas añadidas). Véase también “LEYES FISCALES, INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LAS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXI, p. 1508.

²⁴¹ Una de las más relevantes manifestaciones de la “buena fe” gubernamental en el Estado constitucional democrático no sólo es la exigencia de que las autoridades se conduzcan verazmente frente a la sociedad en general y los ciudadanos en particular, sino contar con instituciones para la “búsqueda de la verdad” por su valor inherente, con lo cual puede entenderse que el principio de transparencia retoña de una concepción del Estado de derecho apoyada en una perspectiva garantista; lo que advirtió la Corte al ejercer su facultad de investigación en los casos *Aguas Blancas* y *Lydia Cacho*. Cfr. Häberle, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 134-135; “GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 6o. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, junio de 1996, tesis P. LXXXIX/96, p. 513; y facultad de investigación 2/2006, *cit.*, nota 203, con. V, pp. 69 y 73.

²⁴² Pleno, acción de inconstitucionalidad 55/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de diciembre de 2006, 2a. sección, con. II, p. 62. Apuntando también a la “oportunidad de conocimiento de la regulación jurídica” como un elemento para su validez a la luz del principio de Estado de derecho, véanse “LEYES, OBLIGATORIEDAD Y PUBLICACIÓN DE LAS”, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXXIII, p. 1641; y “LEYES Y DECRETOS EXPEDIDOS POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. PARA SU DEBIDA APLICACIÓN Y OBSERVANCIA SÓLO ES NECESARIA SU PUBLICACIÓN EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, diciembre de 2004, tesis 2a./J. 169/2004, p. 389. En detrimento de lo anterior, contradictoriamente porque no deja de afirmarse que “lo deseable es que una ley sea conocida por todos sus destinatarios antes de que cobre vigencia”, véanse “LEYES. EL LEGISLADOR TIENE FACULTAD PARA FIJAR EL DÍA EN QUE INICIA SU VIGENCIA, PUDIENDO SER, INCLUSO, EL DÍA DE SU PUBLICACIÓN”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis P./J. 50/2003, p. 29; y “LEYES FISCALES. SU ENTRADA EN VIGOR EL MISMO DÍA DE SU PUBLICACIÓN NO TRANSGREDE LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 70 Y 71 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, tesis 2a./J. 135/2005, p. 364.

4. ¿Hacia un bloque de constitucionalidad?

A. La prudente indecisión de la Corte

La doctrina francesa del *bloc de constitutionnalité*²⁴³ ha seducido a los constitucionalistas europeos e hispanoamericanos. Como se sabe, tal conjunto normativo se integra a grandes rasgos agregando a la Constitución disposiciones u ordenamientos parciales que, por su importancia, dificultad de modificación o ser complementarios de la ley fundamental tienen carácter de “supremas”, “como si” fueran parte de la Constitución, y sirven también de parámetro para el examen de constitucionalidad. Son varios los criterios que se usan para formar este bloque, pero puede decirse que en general participan en él los siguientes elementos, no obstante que cada ordenamiento puede colocar los que parezcan más convenientes: 1) obvia e indispensablemente, la Constitución misma; 2) la jurisprudencia constitucional; 3) los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente si la misma Constitución les da el mismo rango que ella; y 4) leyes que obligadamente desarrollan los preceptos constitucionales (orgánicas, reglamentarias, etc.).

En México tampoco es inédita la idea de un bloque de constitucionalidad o quizá más precisamente de supralegalidad, aunque no se le haya referido sino hasta muy recientemente con alguna denominación. Desde décadas atrás nuestros tribunales vienen sosteniendo la existencia de normas jurídicas que, si bien por debajo de la Constitución, gozan de supremacía respecto de las leyes “ordinarias”; y asimismo se ha discutido en nuestro país sobre ese conjunto supralegal, su naturaleza y sus implicaciones, pero probablemente no con la relevancia que presenta en la actualidad ante la influencia de la mencionada doctrina francesa y los retos que ahora plantean la globalización y la necesidad universal de protección de los derechos humanos.

Prácticamente todo jurista mexicano sabe que existen normas jurídicas de nuestro ordenamiento que se encuentran en cierto rango superior a las leyes ordinarias, con una jerarquía algo análoga a la constitucional; entre ellas sobresalen, no con unánime simpatía, los tratados internacionales sobre derechos humanos. No obstante, la Suprema Corte no ha dado una respuesta clara a si hay en México un bloque de constitucionalidad, qué elementos lo integran y cuáles son las consecuencias de su existencia. En realidad, su doctrina al respecto ha sido elusiva y dubitativa, y sólo en recientísimos tiempos con alguna timidez ha hablado de un bloque mexicano de constitucionalidad o dado a entender su existencia.

En la acción de inconstitucionalidad 47/2006 se expone a grandes rasgos el *status quaestionis*, en ocasión de haberse planteado a la Suprema Corte la contravención a lo dispuesto por la ley reglamentaria de la facultad constitucional del Senado de la República para declarar la desaparición de poderes de una entidad federativa. Dándose cuenta del sentido de la impugnación, en términos generales, el tribunal constitucional reconoció que “[e]s verdad que la expresión del artículo 133 constitucional [...sobre un conjunto de normas que es ‘Ley Suprema de toda la Unión’...] genera que la interpretación de la promovente sea, en principio, atendible, puesto que [...] bien puede llegarse a la conclusión de que es la propia Constitución la que ordena el entendimiento de la integración de un bloque de constitucionalidad...”; luego, refuta tal consideración diciendo que la reforma e incorporación de normas a la Constitución sólo puede darse a través del procedimiento formal que prevé su artículo 135 constitucional y “[e]s, por tanto, el propio texto constitucional el que excluye la posibilidad (y, por consiguiente, la interpretación) de un bloque de constitucionalidad

²⁴³ Como referencia general para esta sección, véase *supra*, cap. segundo, § III.2.

integrado por las normas del texto supremo y las que libremente decida incorporar el legislador”; pero, líneas abajo, señala que “sí ha admitido, en ocasiones, la idea de bloque de constitucionalidad cuando de la propia Constitución puede desprenderse esa exigencia, aunque tratándose de materias y supuestos concretamente definidos”, citando los ejemplos del Estatuto del Distrito Federal y las Leyes Generales y no a los tratados internacionales de derechos humanos.²⁴⁴

Parecemos estar en México ante una (muy) paulatina formación de un bloque de constitucionalidad, aunque no puede reprocharse a la Corte la circunspección con que actúa en este tema porque no cualquiera puede ser parte del *bloc*²⁴⁵ y en nuestro país definitivamente no lo es la “costumbre constitucional” que sí se incluye en el de otros países.²⁴⁶

B. *Tratados internacionales de derechos humanos*

La Constitución mexicana carece de una “cláusula de interpretación conforme al derecho internacional”, de una disposición que clara e indudablemente imponga la “afabilidad al derecho internacional”. Las guías constitucionales mexicanas sobre el tema se encuentran en algunas disposiciones más o menos dispersas, que se encaminan más bien a conducir la política exterior en relación con la posibilidad de injerencias extranjeras y frente a clásicos “tratados-contrato”,²⁴⁷ sencillamente fue imposible al Constituyente original prever el advenimiento de “tratados-ley” sobre derechos humanos y su protección transnacional — excusa que no sirve al “permanente”—. Es en tal contexto que, hasta el 11 de mayo de 1999, en México se tuvo a los tratados internacionales²⁴⁸ con una jerarquía equiparable a la de las leyes ordinarias y, por lo tanto, su contravención por alguna de éstas no llevaba consigo vulneración constitucional.²⁴⁹

En esa fecha, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó una de sus más importantes y comentadas decisiones, interrumpiendo su criterio tradicional para entender que “los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local”.²⁵⁰ Los motivos para resolver en el sentido del último criterio referido, expuestos en el considerando octavo de la ejecutoria correspondiente, fueron esencialmente los siguientes: 1) “la tendencia mundial [a] la

²⁴⁴ *Cit.*, nota 226, 2a. sección, con. XX, pp. 49-50.

²⁴⁵ Ya que puede dar lugar a la inconveniente “interpretación constitucional conforme a la ley”. Véanse Aparicio, Miguel A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 157; *supra*, cap. quinto, § III.3; e *infra*, § IV.3.

²⁴⁶ *Cfr. supra*, nota 4.

²⁴⁷ Arts. 76, fr. I, 89, fr. X, y 133.

²⁴⁸ Considerando como tales a los acuerdos celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, según dispone el art. 2.1, inc. a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase “TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 2a./J. 10/2007, p. 738.

²⁴⁹ “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, núm. 60, diciembre de 1992, tesis P. C/92, p. 27.

²⁵⁰ “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVII/99, p. 46. Véase “TRATADOS INTERNACIONALES. LA NORMA PROGRAMÁTICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III, INCISO B) DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 8.2 DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, tesis II.1o.P.137 P, p. 1586.

aceptación del derecho internacional como parte del interno”; 2) los tratados son “compromisos internacionales [...] asumidos por el Estado mexicano [...] y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; 3) “si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados [...] *deben considerarse [dichos tratados] como constitucionales*” (cursivas añadidas); y 4) entre el artículo 123 constitucional y el Convenio 87 de la OIT existe una “plena coincidencia [de] finalidades”, lo que convierte a éste en una “disposición reglamentaria” de aquél.²⁵¹

La resolución que comentamos, como puede verse de lo anterior, en realidad hace mucho más que ubicar jerárquicamente a los tratados internacionales en el ordenamiento mexicano; establece a nuestro parecer *dos fundamentales tesis constitucionales*: el principio de “afabilidad al derecho internacional” sobre el que luego nos ocuparemos²⁵² y la asimilación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, que ahora nos interesa por marcar (aparentemente) el comienzo de la integración de un bloque de constitucionalidad en México²⁵³ y que sencillamente pasó por alto la tesis sistematizada que originó.

Aunque en sus argumentos la Corte nunca indica que los tratados internacionales son “iguales” a la Constitución, al grado de que impliquen una “reforma textual” de ésta; pero sí apunta muy claramente a que los tratados sobre derechos humanos son “leyes constitucionales” por ser “reglamentarias” de las garantías individuales. Con ello, además de arraigar implícitamente la aplicación del principio *pro homine* en el artículo 133 constitucional, otorga a aquellos instrumentos un carácter superior a leyes “ordinarias”,²⁵⁴ prácticamente indisponibles para el legislador ordinario y por el carácter fundamental o esencial de su contenido material para el orden constitucional, guardan analogía con la Constitución. Tal es, según lo entendemos, ni más ni menos que la definición de un “bloque constitucional”.

Ahora bien, la ambigüedad de las expresiones de la Corte ha impedido la plena claridad de la integración a un bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos. La resolución comentada se refiere a éstos como “constitucionales” y “reglamentarios”, pero ambas expresiones son capaces de tener diferentes sentidos; la primera bien puede indicar una asimilación de esos tratados a la Constitución y traer consigo la posibilidad de protección como si se tratara de esta última, en cambio la segunda no lleva a tal conclusión si a las leyes “reglamentarias” no se concediera naturaleza “constitucional”.

Una de las primeras críticas a la oscuridad del criterio que comentamos, fue su indiferencia entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y los de otra índole —tema del cual

²⁵¹ Pleno, amparo en revisión 1475/98, *idem*, 9a. época, t. XI, marzo de 2000, pp. 442 y ss (cursivas añadidas al texto transcrito). La cuestión analizada en ese asunto fue, como se sabe, la irregularidad constitucional del artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado por su contradicción con el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical, al imponer una sola agrupación de trabajadores por dependencia pública.

²⁵² *Infra*, § IV.5.A.

²⁵³ *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, p. 1580; y Corzo Sosa, Edgar, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, p. 194.

²⁵⁴ Véase “TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, septiembre de 2004, tesis I.4o.A.440 A, p. 1896.

no pudo ocuparse esa resolución—. ²⁵⁵ Aunque el mencionado principio de afabilidad internacional efectivamente no distingue entre tratados internacionales sobre derechos humanos y otros —tampoco lo hace el artículo 133 constitucional—, de modo que a todos ellos debe corresponder un carácter superior al derecho ordinario, puede sostenerse la supremacía de los primeros para el caso de su contradicción desde una perspectiva tanto internacional como doméstica, en virtud de que la protección de los derechos humanos es una cuestión de *orden público* en los dos ámbitos —recuérdese que constituyen normas de *jus cogens* internacional²⁵⁶—, directamente fundados por la dignidad humana como valor supremo del ordenamiento jurídico.²⁵⁷

Pero, concluyendo el punto anterior, de que todo tratado internacional goza de primacía frente a la ley ordinaria —federal o local—, de ello no se sigue necesariamente que se integren indiscriminadamente a un “bloque de constitucionalidad mexicano”, pues ello únicamente lo ha sugerido la Corte respecto de aquellos que “amplíen” las libertades de los gobernados, o sea los de derechos humanos y no de aquellos que carezcan de carácter “reglamentario” de la Constitución.²⁵⁸ No soslayamos que una de las dificultades que el tema plantea es definir si un tratado internacional corresponde a la protección de los derechos humanos; si bien algunos no tienen al respecto mayor dificultad, otros que no presentan *prima facie* una faceta humanitaria pueden incluir derechos que extienden algunas garantías constitucionales.²⁵⁹ Pero suponiendo resuelto este problema, para nosotros no cabría duda en que sólo los relativos a derechos humanos, con lo que se integre a este concepto, deben tenerse como integrantes de nuestro “orden jurídico superior, de carácter nacional”,²⁶⁰ lo que parece haber sido la intención del

²⁵⁵ López-Ayllón, Sergio, “La jerarquía de los tratados internacionales (amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, p. 207.

²⁵⁶ Aunque en el derecho interno mexicano, “como normas de derecho externo, no valen por sí en nuestro sistema jurídico interno, sino que es menester su incorporación al ámbito doméstico por la soberanía del Estado mexicano, a través de su aceptación, aprobación o ratificación y difusión oficial”, procedimiento que se conoce como “recepción del tratado”; controversia constitucional 33/2002, *cit.*, nota 22, con. III. Véase también “TRATADOS INTERNACIONALES. SÓLO OBLIGAN AL ESTADO QUE LO[S] SUSCRIBE”, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis I.11o.C.175 C, p. 2678.

²⁵⁷ Véase *supra*, cap. tercero, § I.2. Para recordar con visión menos simplista y algo pesimista las dificultades reales de lo anterior, véase Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. de Miguel Carbonell), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 113-136.

²⁵⁸ Al ocuparse su resolución sólo del *status* de un instrumento de esta clase: el Convenio 87 de la OIT. *Cfr.* “JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, APLICACIÓN DE LA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 16, cuarta parte, p. 19.

²⁵⁹ Un ejemplo pueden ser los derechos relativos a la expropiación y a su indemnización contemplados en el art. 1110 (cap. XI) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y en el art. 7o. del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (*Diario Oficial de la Federación* del 25 de julio de 2007).

²⁶⁰ “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis P. IX/2007, p. 6.

Constituyente al incluir su protección —genérica y no limitada a las garantías individuales específicas— en el texto de la ley fundamental.²⁶¹

Paradójicamente, atenta la proscripción jurisprudencial del control difuso de la constitucionalidad,²⁶² resultaría (por el momento) más conveniente a la efectividad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en nuestro país, no tener un carácter asimilable a la Constitución. Lo anterior debido a que, teniendo un carácter no fundamental, sin ambages podrían los tribunales y las autoridades aplicarlos con preferencia a una disposición ordinaria y garantizar su cumplimiento, sin incurrir en un vedado “análisis de constitucionalidad”,²⁶³ y ²⁶⁴ y además como no consideran “garantías individuales” a tales derechos, los jueces de amparo habitualmente no admiten las demandas en que se reclama su violación, no obstante lo expuesto anteriormente y a despecho de las obligaciones que en tal sentido adquirió el Estado mexicano en esos mismos tratados.²⁶⁵ Pero sin duda todo esto constituye una *anomalía sistémica* de nuestro ordenamiento, dada la concordancia y equivalencia esencial que generalmente existe entre las normas internacionales de derechos humanos y las constitucionales.²⁶⁶

C. *Leyes constitucionales*

Otros elementos a incluir en un posible bloque de constitucionalidad mexicano son las “leyes emanadas de la Constitución”, aquellas que por tener una íntima relación material con las normas de la ley fundamental en sentido estricto, pueden ser denominadas “leyes constitucionales”. Éstas no deben confundirse con la “ley constitucional (*Verfassungsgesetz*)” de la que habla Carl Schmitt —aunque más adelante retornaremos a este concepto— para aludir a la “relativización” del concepto de “Constitución” por la cual se elimina “toda distinción de contenido y material (*inhaltliche und sachliche Unterscheidung*)” al incluir en el texto constitucional, en la “Constitución formal”, tanto disposiciones que expresan a la Constitución en sentidos absoluto y estricto —integrada por sus conocidas “decisiones

²⁶¹ Cfr. Rodríguez Maldonado, Roberto, “La cláusula de interpretación de los derechos fundamentales establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española. Estudio comparativo con el sistema constitucional mexicano sobre derechos humanos”, en *Apuntes jurídicos de secretarios del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN, 2006, pp. 330-345.

²⁶² *Supra*, nota 139.

²⁶³ *Supra*, nota 141.

²⁶⁴ El mejor ejemplo es el caso *Hank Rhon* de la Sala Superior del Tribunal Electoral Federal, en el que se definió la interpretación de la Constitución del Estado de Baja California en el sentido de permitir la participación de servidores públicos que no completaron su periodo constitucional de funciones (SUP-JDC-695/2007, 6 de julio de 2007, con. V, § 2). Aunque diciendo que simplemente resolvía la antinomia entre los arts. 41, frac. VI, y 42 de ese cuerpo normativo a favor de la primera disposición, porque era la más acorde a los parámetros internacionales, ese tribunal prácticamente declaró la invalidez de la segunda por limitar desproporcionadamente el derecho de voto pasivo y así, como dijo, sólo desplegó un “control de legalidad” al estudiar únicamente la conformidad de dicha prescripción con tratados internacionales y no con la Constitución. Contando con un “bloque de constitucionalidad” integrado por las convenciones internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Electoral indudablemente no hubiera podido resolver ese asunto como lo hizo, sino aun declarado su falta de atribuciones para entrar a su análisis —y tampoco otra autoridad, ni siquiera la Suprema Corte—.

²⁶⁵ Véase Sánchez Gil, Rubén, “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 257-258.

²⁶⁶ Cfr. *supra*, cap. tercero, nota 133. Véase “DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8o., NUMERAL 1, DE LA CONVENCION AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis 2a. CV/2007, p. 635.

políticas fundamentales” sobre la “manera de ser (*Daseinweise*)” de una unidad política— como otras pormenorizadas y carentes de ese carácter básico, equiparándolas artificialmente y haciendo “fundamentales” a todas ellas aunque las últimas no lo ameriten.²⁶⁷

Una “ley constitucional” en la terminología del maestro Mario de la Cueva que usaremos de punto de partida, es aquella que “emana material y formalmente de la Constitución” y ocupa un lugar inmediatamente inferior a ella; opuestas a las “ordinarias” que se siguen “sólo formalmente” de la ley fundamental y se ubicarían en un tercer sitio en la jerarquía normativa.²⁶⁸ Introduciendo un poco más de claridad —a lo mejor no mucha— en la nomenclatura de este autor, usaremos los términos “Constitución” o “ley fundamental” —o similares— para referirnos a la ley emanada del poder constituyente, en un sentido estricto y formal como el de Schmitt; y “ley ordinaria o secundaria” para las emanadas del poder legislativo constituido, que a su vez pueden clasificarse en “constitucionales” en el sentido del maestro Cueva y “comunes” para todas las demás.

Desde mucho tiempo atrás se sostiene en México la existencia de una categoría intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. Mariano Otero, en su voto particular de 1847 habló de que las leyes “que reglamente[n] la acción de los Poderes Supremos no deben ser iguales, sino superiores á todas las otras leyes secundarias, [...] caracterizadas y distinguidas con el nombre especial de constitucionales”,²⁶⁹ y años más tarde Mariano Coronado habló de “las [leyes] reglamentarias que desarrollan algún precepto del Código Político”; luego, refutó esta tendencia don Gabino Fraga señalando que las llamadas leyes “orgánicas” y “reglamentarias”, no tienen mayor importancia que ser diferentes especies de las secundarias, sin pretensión fundada de superioridad.²⁷⁰ Para quienes han afirmado su existencia, esas “leyes intermedias” tienen como nota distintiva que

constituyen el desarrollo de los preceptos constitucionales, esto es, *son el cuerpo y el alma de la Constitución que se expanden*, determinando, precisando y diciendo con la mayor claridad y en todos sus detalles, lo que son y lo que significan el cuerpo y el alma de la ley fundamental, o lo que es igual: son normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales, *son, por decirlo así, la Constitución misma*, [...] pero sin salirse nunca ni de su cuerpo ni de su alma, sin transformarse en lo que no es.²⁷¹

Son dichas leyes, entonces, una “emanación material” de la Constitución por ser una *conveniente o indispensable pormenorización o ampliación de su regulación fundamental*, de modo que no cualquier disposición del legislador ordinario puede tener esa calidad. Con estas bases y añadiendo algunos matices a la clásica tipología del maestro Cueva, podemos distinguir varias especies de leyes constitucionales: 1) “*leyes orgánicas* [...] que determinan la estructura, las atribuciones y el funcionamiento concreto de los órganos estatales [originarios]”;²⁷² 2) “*leyes reglamentarias* [...] que desenvuelven y concretan las normas

²⁶⁷ *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 4, 11-12 y 16.

²⁶⁸ *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 113-117.

²⁶⁹ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, 22a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 462-463 (se respetó la ortografía original).

²⁷⁰ Cueva, *op. cit.*, nota 268, p. 113; y Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 39-40.

²⁷¹ Cueva, *loc. cit.*, nota 270 (cursivas añadidas).

²⁷² Véanse “LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CONSTITUCIONALIDAD DE LA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. XXXV, primera parte, p. 101; y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA

constitucionales, a fin de precisar los derechos y deberes de los hombres y facilitar [o hacer posible] la aplicación de los principios abstractos y generales”, que pueden incluir las que desarrollan derechos fundamentales y sociales; y 3) *leyes generales* por las que el Congreso de la Unión distribuye las llamadas “facultades concurrentes” entre los diversos órdenes jurídicos del Estado, relativas a materias que por expresa disposición constitucional corresponden a todos ellos pero según el reparto de atribuciones que haga el legislador federal.²⁷³ La inclusión de una ley en alguna de estas especies debe realizarse de acuerdo con un criterio material, no nominal, dado que la denominación que el legislador les da no necesariamente refleja su naturaleza; por ejemplo: la Ley General de Sociedades Mercantiles realmente no es “general” en el sentido apuntado sino una de carácter comercial común y, en otras ocasiones, se omite expresar dicha naturaleza como en el caso de la Ley Federal del Trabajo.²⁷⁴

Un caso especial en este rubro es el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal expedido por el Congreso de la Unión, que para la Suprema Corte es una “norma esencial” que desarrolla las disposiciones del artículo 122 constitucional y estructura el sistema de fuentes local, por lo tanto reglamentaria de ese precepto fundamental. En consecuencia, aunque a nivel federal dicho estatuto no se distinga de otras leyes, dentro del ámbito del Distrito Federal se encuentra en un estrato superior que lo hace intangible y de inexorable cumplimiento a las autoridades locales y en especial a la Asamblea Legislativa.²⁷⁵

En diversas ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la distinción entre leyes secundarias constitucionales y comunes, si se quiere tácita o tímidamente, dando a las primeras una jerarquía superior a las últimas. Desde hace décadas se ha afirmado que “después de la Constitución deben considerarse como superiores las *leyes reglamentarias* de preceptos constitucionales”.²⁷⁶ un caso *sui generis* de esta especie lo forman las leyes procesales constitucionales²⁷⁷ y las electorales²⁷⁸ contra las cuales no procede medio de

LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. LXXII/98, p. 789.

²⁷³ “FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, tesis 42, p. 165. Las facultades concurrentes son una especie de “facultades coincidentes” de distintos órdenes del Estado mexicano; este género se constituye por las atribuciones “que tanto la Federación como las entidades federativas pueden realizar por disposición constitucional”, conteniendo a aquellas en sentido *amplio* o “coexistentes” en las que “no se faculta a la Federación o a las entidades federativas a expedir las bases o un cierto criterio de división entre ambos órdenes jurídicos” y “ambas partes realizan una porción de una cierta actividad”, o en sentido *restringido* que es el caso de las ya expuestas “facultades concurrentes” (controversia constitucional 12/2001, *cit.*, nota 126, 1a. sección, con. VI, p. 76). Pero la terminología de la Corte es inconstante y no es extraño ver que tenga por “concurrentes” a las facultades que son “coexistentes”, hablando según su propia clasificación; ejemplo de ello es el lenguaje que usó la Primera Sala en el amparo directo en revisión 345/2007.

²⁷⁴ *Cfr.* Cueva, *op. cit.*, nota 268, pp. 114-115 (cursivas en el original).

²⁷⁵ Pleno, acción de inconstitucionalidad 37/2005, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de abril de 2006, con. V, apartado B, pp. 84-85; y Pleno, controversia constitucional 31/2006, *idem*, 25 de abril de 2007, 1a. sección, con. I, p. 33. No puede dejar de notarse la similitud entre los estatutos del Distrito Federal mexicano y de las Comunidades Autónomas españolas; véase García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 286-292.

²⁷⁶ “EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE AMPARO. SUPREMACÍA DE LA LEY DE AMPARO”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. XXVIII, cuarta parte, p. 211 (cursivas añadidas). Véase también “PODER LEGISLATIVO. SOLAMENTE SE ENCUENTRA SUPEDITADO A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y A LAS LEYES REGLAMENTARIAS DE ÉSTA. (PRINCIPIO DE LA AUTORIDAD FORMAL DE LA LEY)”, Pleno, *idem*, 6a. época, vol. CXXX, primera parte, p. 15.

²⁷⁷ *Cfr.* “REVISIÓN. ES IMPROCEDENTE CUANDO MEDIANTE ELLA SE PRETENDE IMPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE AMPARO APLICADA EN LA SENTENCIA RECURRIDA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VIII, diciembre de 1998, tesis P. XCVI/98, p. 260; y

control constitucional por el cual puedan impugnarse, por lo menos una vez superado u omitido su examen a través de la acción de inconstitucionalidad de lo que, aunado a la presunción de constitucionalidad de la que gozan, se concluye una prevalencia reforzada en nuestro ordenamiento —independientemente de la crítica que se le pueda hacer—. De una manera más clara procedió últimamente la Corte respecto de las *leyes generales* —lo que puede extenderse a las orgánicas por incluir éstas en sentido amplio a las generales, aunque con reservas que comentaremos adelante—, haciéndolas consistir en parte de la “Ley Suprema de toda la Unión” porque “pueden incidir válidamente en *todos los órdenes jurídicos parciales* que integran al Estado Mexicano” y trascienden así el ámbito federal que es solamente uno de ellos,²⁷⁹ con lo que además ratificó el paralelismo y no gradación entre los ordenamientos federal y estatal —que no siempre se tuvo claro—. ²⁸⁰

En conclusión, contrariamente a lo que en términos generales expresa,²⁸¹ en reiteradas ocasiones entre las que destaca el amparo en revisión 120/2002 y demás asuntos relacionados —aunque los criterios que en ellos sostuvo no tienen carácter jurisprudencial—, la Suprema Corte sí ha puesto a algunas leyes ordinarias o secundarias en un grado jerárquico superior a las leyes comunes.

D. Conclusiones provisionales y tendencias

Por lo analizado creemos que en México definitivamente estamos presenciando la gestación de un “bloque de constitucionalidad”, aunque aún no vislumbremos con aceptable nitidez cuáles serían su configuración final y sus consecuencias. No deja de ser interesante el proceso de cómo este conjunto especial normativo está surgiendo y, en especial, el esfuerzo de interpretación que se hace del artículo 133 constitucional.

Pensamos en la incipiente integración de un *bloc à la mexicaine*, por supuesto, no (sólo) en atención a que la Suprema Corte ya use en sus resoluciones esa locución, sino por las respuestas que está dando a la complejidad actual de nuestro ordenamiento:

La lectura del precepto [133] citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un *conjunto de disposiciones de observancia general* que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la “Ley Suprema de la Unión”.²⁸²

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRECEPTOS CONTENIDOS EN LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis P./J. 56/2003, p. 1058.

²⁷⁸ *Cfr. supra*, cap. sexto, nota 52.

²⁷⁹ “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis P. VII/2007, p. 5.

²⁸⁰ “LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VII, marzo de 1991, tesis 3a./J. 10/91, p. 56. Véanse *supra*, nota 276; y Fraga, *op. cit.*, nota 270, p. 40.

²⁸¹ “LEYES, INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 343, p. 398; y “DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 7o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, julio de 2002, tesis P. XXVII/2002, p. 7. Véase “LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD...”, *cit.*, nota 237.

²⁸² *Supra*, nota 279 (cursivas añadidas).

Lo anterior es nada menos que la declaración *in ovo* de un bloque de constitucionalidad mexicano. Al referir nuestra Constitución una “Ley Suprema de la Unión” (*supreme law of the land*) está hablando —o bien puede entenderse que así lo hace— de un “orden jurídico superior”²⁸³ y trascendente a los comunes distribuidos entre la Federación y las entidades que la integran, por lo menos de tipo “supralegal” si no estrictamente “constitucional”.²⁸⁴

Desde hace tiempo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha elaborado y perfeccionado la idea de diversos “órdenes jurídicos” del Estado mexicano y tuvo como tales, luego de la reforma municipal de 1999, a los siguientes: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional que, “por lo general, son excluyentes entre sí”.²⁸⁵ El último de los órdenes mencionados, el “constitucional”, por su incidencia en *todos los ámbitos del Estado* corresponde a la “Ley Suprema” de que habla el artículo 133 y en el que participan la Constitución en sentido estricto, las leyes “que emanen de ella” y los tratados internacionales recibidos en nuestro ordenamiento.²⁸⁶

Aparte de lo anterior, la Corte habló de un “bloque de constitucionalidad” que podríamos calificar de “parcial”, señalando que existe en materia electoral para el Distrito Federal, cuya Asamblea Legislativa sólo puede normarla conforme a la Constitución y el Estatuto de Gobierno expedido por el legislador federal.²⁸⁷ Esto llevaría a pensar que existen tantos “bloques” como entidades mexicanas, que análogamente se integrarían con las Constituciones locales y algunas leyes secundarias (constitucionales) locales.

Cabe aquí tener en cuenta los límites teóricos de un “bloque de constitucionalidad”, al menos para el caso mexicano. Éste debería caracterizarse en primer lugar por la imposibilidad de los operadores ordinarios para modificarlo total o parcialmente en una sección intangible; lo anterior no tendría problema cuando se afirma sobre la Constitución y los tratados internacionales —sin olvidar que pueden denunciarse—, pero sí de las “leyes constitucionales”. Si bien al expedirlas el legislador actúa con un amplio margen de discrecionalidad, como “estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas”,²⁸⁸ sería impensable que le estén del todo disponibles al grado de omitir expedirlas o abrogarlas.

Un punto final de necesario tratamiento para este intento de definición de un bloque de constitucionalidad mexicano, es la relación de sus elementos integrantes con la Constitución. Indudablemente su pertenencia al selecto grupo que forma la “Ley Suprema de la Unión” estaría condicionada a que se no contravengan a la ley fundamental y de que ésta sea la única

²⁸³ “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis P. VIII/2007, p. 6.

²⁸⁴ *Cfr.* Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal”, en Cossío, José Ramón y Luis M. Pérez de Acha (comps.), *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 23-25.

²⁸⁵ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 69, p. 60; y “ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, octubre de 2005, tesis P./J. 136/2005, p. 2062.

²⁸⁶ *Supra*, notas 260, 279 y 283.

²⁸⁷ Controversia constitucional 31/2006, *cit.*, nota 275, p. 34.

²⁸⁸ *Supra*, nota 279 (cursivas añadidas).

en realidad “suprema”, de eso no cabe duda alguna;²⁸⁹ pero su carácter subordinado no les impediría erigirse en “parámetro de constitucionalidad” en tanto desarrollan normas fundamentales y precisamente por ello se les integra ese conjunto normativo.²⁹⁰ Un ejemplo de lo anterior en el derecho comparado son los (ya referidos) Estatutos de Autonomía españoles, que a pesar de no estar a la altura de la Constitución, de acuerdo con el artículo 28.1 de la Ley del Tribunal Constitucional se consideran para analizar en esa sede la regularidad una ley.²⁹¹

En términos generales, un “bloque de constitucionalidad” mexicano sólo podría integrarse por un conjunto normativo de carácter secundario, es decir necesariamente conforme a la Constitución, que por desarrollar a ésta puede servir para calificar la regularidad constitucional de una norma jurídica (general o individualizada), no sólo desde el punto de vista sustantivo sino también *procesal*, para implicar que su contravención no se trata de una cuestión de mera legalidad sino de constitucionalidad por su asimilación a las normas fundamentales, que haría inmediatamente procedentes los medios de control correspondientes.²⁹² No es difícil darse cuenta de la insondable dificultad de construir el concepto que estudiamos; pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación “sí ha admitido, en ocasiones, la idea de bloque de constitucionalidad *cuando de la propia Constitución puede desprenderse esa exigencia*, aunque tratándose de materias y supuestos concretamente definidos”,²⁹³ y así podríamos tener como indudables miembros de tal conjunto a los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y algunas leyes constitucionales.

La expresión de la Corte que acabamos de transcribir es clave en la integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos a un bloque de constitucionalidad mexicano; los mencionados instrumentos se integran a él porque de nuestra Constitución resulta un mandato de procurar la máxima efectividad de los derechos humanos,²⁹⁴ lo mismo sucedió con el caso particular del mencionado estatuto —restrictivamente reconocido su carácter fundamental sólo en cuanto a la materia electoral— e igualmente podría decirse de algunas leyes generales —como la de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, íntimamente vinculada con el derecho fundamental relativo—.

Es plausible la prudente actitud de nuestro tribunal constitucional de integrar poco a poco y casuísticamente un bloque normativo fundamental, aunque no del todo respecto de los derechos humanos, para efectos de su definitiva protección a través del juicio de amparo,²⁹⁵

²⁸⁹ *Supra*, cap. segundo, nota 336. Véanse Burgoa, *op. cit.*, nota 84, pp. 362-363; *supra*, nota 126; y “LEYES REGLAMENTARIAS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXV, p. 369.

²⁹⁰ *Supra*, nota 271.

²⁹¹ Véase García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 275, pp. 288-292.

²⁹² “RECURSOS ORDINARIOS. NO ES NECESARIO AGOTARLOS CUANDO ÚNICAMENTE SE ADUCEN VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 371, p. 317; y “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA VÍA PREVISTA EN LA LEGISLACIÓN LOCAL SÓLO DEBE AGOTARSE PARA SU PROCEDENCIA CUANDO EN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ NO SE PLANTEEN VIOLACIONES DIRECTAS E INMEDIATAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SINO QUE SU TRANSGRESIÓN SE HAGA DERIVAR DE LA VULNERACIÓN A NORMAS LOCALES”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 18, p. 143.

²⁹³ Acción de inconstitucionalidad 47/2006, *cit.*, nota 226, con. XX, p. 50.

²⁹⁴ Antaño (1917) la Corte sostuvo que las garantías individuales “[n]o pueden ser otorgadas sino por una Constitución o Ley Fundamental” (“GARANTÍAS INDIVIDUALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. I, p. 337), pero debe tomarse en cuenta que esa posición responde a contextos históricos y políticos muy diferentes a los actuales, entrando en conflicto con el principio de progresividad de los derechos humanos.

²⁹⁵ Véase sobre el (inconveniente) carácter de “mera legalidad” de los tratados internacionales sobre derechos humanos a Cossío Díaz, José Ramón, “Los tratados internacionales y las leyes federales a la luz de la jerarquía normativa sostenida por la Suprema Corte”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año XI, núm. 127, enero de 2006, pp. 4 y ss.

máxime que al deberse presumir su constitucionalidad²⁹⁶ son de tenerse como complementarios a los derechos fundamentales y compartiendo su naturaleza. Seguramente —de ahí lo “provisional” de nuestras conclusiones—, los contornos de nuestro posible bloque de constitucionalidad se irán definiendo gradualmente con nuevas ideas y necesidades y, muy probablemente, se desecharán consideraciones que mañana sean erróneas.

Quizá el elemento de más difícil inclusión, si no imposible, en un bloque de constitucionalidad en nuestro país, como “Ley Suprema de la Unión” en el sentido del artículo 133 constitucional, sean los *tratados internacionales diferentes a los de derechos humanos*; pues los relativos a esta materia y muchas normas constitucionales son concordantes, y por tanto no deben representar mayor problema.²⁹⁷ Dos aspectos son importantes para aquél tema: primero, la relación de los tratados que no son de derechos humanos con otros ordenamientos de derecho internacional, ya que la Corte no especificó si les corresponde estar un grado superior o inferior a las leyes generales o reglamentarias de materias ajenas a los derechos humanos;²⁹⁸ y segundo, la justificación de su carácter “fundamental” para integrarse a un conjunto normativo de esa calidad.

Aunque francamente vemos improbable la realización de una hipótesis tan dramática, creemos que por lo menos amerita un prelude de respuesta. No pensamos que haya problema en ubicar los tratados “normales” por debajo de los de derechos humanos, ya que como señalamos éstos son normas prevalentes de *jus cogens* internacional que aquellos no pueden contravenir; y tampoco respecto de subordinarlos a leyes domésticas reglamentarias de derechos fundamentales pues éstas, por virtud del principio *pro homine*, que asimismo es de fuente y orden público internacionales, deben prevalecer si otorgan el máximo goce de alguna prerrogativa.²⁹⁹ Por lo que respecta a un posible enfrentamiento entre un tratado de aquella clase y —digamos— una ley orgánica, esto último como una posibilidad no muy remota ante la realidad económica mundial y de comercio exterior que vive nuestro país, por ejemplo en los casos petrolero y eléctrico; pensamos que es una situación a resolverse a la luz de todos los principios jurídicos (constitucionales, iusinternacionales y legales) en juego, con gran relevancia —más no definitiva— del de afabilidad al derecho internacional para lograr una interpretación armónica en la medida de lo posible.

El segundo aspecto señalado sobre este particular, el posible carácter “fundamental” de los tratados internacionales de materias diferentes a los derechos humanos, concluimos que resulta sumamente forzado —si sus normas particulares carecen de algún viso de relación con los derechos humanos—. Una solución que por el momento nos parece adecuada es concebir el “bloque de supralegalidad” que representa la “Ley Suprema de la Unión”, dividido en uno de “constitucionalidad estricta” que excluya a tales instrumentos internacionales —sobre todo para efectos procesales constitucionales—, y otro en el que éstos se ubiquen, situado entre dicho conjunto normativo fundamental y las leyes comunes. Sin duda, con ello se introduciría una complejidad mayor en la jerarquía formal de nuestro ordenamiento, pero la realidad a la que ésta tiene que enfrentarse ya no puede racionalizarse con sólo algunos principios generalísimos y *sin un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales*.

Finalmente, una tendencia relacionada a este tema que comienza a discutirse en nuestro país, cuya realización necesita de la formalización constitucional e institucional pero que no

²⁹⁶ “TRATADOS INTERNACIONALES. DEBEN PRESUMIRSE APEGADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL HASTA EN TANTO SE DEMUESTRE SU INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VÍA PROCEDENTE”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 2a. LXXXIV/2007, p. 384.

²⁹⁷ *Supra*, nota 266.

²⁹⁸ *Supra*, nota 283.

²⁹⁹ *Supra*, cap. tercero, § IV.2.

puede dejar de atenderse y resultar interesante, es la propuesta de establecer en México las leyes que en Francia y España se conocen como “orgánicas constitucionales” o simplemente “orgánicas” —que no deben confundirse con las nuestras que organizan a los poderes públicos—. Esta especie legal se ubica jerárquicamente en un lugar intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias, pero su característica principal es que a ellas se ha trasladado el contenido de regulación detallista de la Constitución, para dejar a ésta únicamente la formulación concentrada de “principios normativos fundamentales” y fortalecerla “en su papel de documento rector de la sociedad”;³⁰⁰ se trata claramente de una propuesta con intención de “absolutizar” la “ley constitucional” en un sentido schmittiano.³⁰¹

Al parecer, la principal crítica que se dirige a estas “leyes orgánicas constitucionales” consiste en que, por la mayoría calificada legislativa que típicamente se exige para su reforma, se menoscaba el principio democrático y exige una interpretación de su ámbito material lo más restrictiva posible en cuanto al “desarrollo” de las normas constitucionales.³⁰² En nuestra mera *opinión*, con base en la misma objeción pero con un enfoque más pragmático, es inconveniente por ahora su implantación en México; el funcionamiento de dicha institución depende de la posibilidad de consensos legislativos, de cuyo logro en la actual (2007) situación política de nuestro país somos muy escépticos.³⁰³

IV. LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

1. *Plena fuerza normativa constitucional*

A. *Aplicaciones generales*

Tempranamente, la Suprema Corte incluyó en su jurisprudencia el principio de que “el legislador no expresa en sus dispositivos legales palabras inútiles o redundantes”.³⁰⁴ Además de afirmar con lo anterior uno de los aspectos del postulado del “legislador racional”, por su evidente aplicabilidad a la interpretación constitucional y al carácter normativo de la ley fundamental, podemos derivar de esta expresión que no existe disposición constitucional carente de vocación regulativa y sus enunciados son “derecho concentrado”, en la feliz expresión de Lerche. De lo anterior hizo eco el entonces magistrado Góngora Pimentel expresando que

el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial *magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones*, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta [...] también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma.³⁰⁵

³⁰⁰ Sepúlveda Iguiniz, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 231 y 238.

³⁰¹ *Supra*, nota 267.

³⁰² García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 275, pp. 288-292.

³⁰³ Argumentando en contrario, apoyándose en que “exigir una mayoría especial es un incentivo a la labor de consenso en el congreso”, se pronuncia Sepúlveda Iguiniz, *op. cit.*, nota 300, pp. 241-244.

³⁰⁴ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXXV, p. 839.

³⁰⁵ *Supra*, nota 23.

Una de las primeras aplicaciones de una interpretación “funcional” de las disposiciones constitucionales en México, como puede esperarse, es el reconocimiento de facultades implícitas de los poderes públicos.³⁰⁶ En esta línea, por su importancia política al tratarse de la primera resolución de la Corte de la novena época contra el Presidente de la República, es notable el caso *Fobaproa*, cuya resolución tuvo por efecto imponer al Ejecutivo la obligación de coadyuvar con la Cámara de Diputados girando las órdenes necesarias para la entrega de información bancaria y fiduciaria requerida en las auditorías realizadas al Fondo Bancario de Protección al Ahorro; a pesar estar en juego el sigilo financiero y especialmente la posible dependencia de un poder sobre otro, y considerando que de no proporcionarse dicha información se impediría la efectividad de la facultad constitucional de esa Cámara para revisar la cuenta pública y se le “convertiría en un mero trámite formal”, en una resolución unánime y con una interpretación orientada por los principios de soberanía popular y representativo, la Corte sentenció que “es indispensable que [dicho órgano parlamentario] posea toda la información necesaria para evaluar la procedencia de este reconocimiento [de deuda pública]”, lo que obviamente también conlleva su atribución de requerirla y la obligación de sus poseedores a otorgársela con veracidad —trayendo en esto a colación el derecho a la información—.³⁰⁷

Por la búsqueda de la plena fuerza normativa de la Constitución, como se vio en el ejemplo anterior, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha dado un peso importante a los argumentos *ad absurdum* y pragmático —que son en realidad dos caras de una misma moneda: la interpretación jurídica funcional—.³⁰⁸ No es extraño encontrar, en consecuencia, que se proscriba una interpretación que permita la realización de un acto que produzca la inutilidad de alguna institución constitucional³⁰⁹ —o que sólo dé lugar a su potencial

³⁰⁶ “PROCESO MERCANTIL, FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA EXPEDIR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 217-228, primera parte, p. 38; “FACULTADES IMPLÍCITAS. EL LEGISLADOR LAS TIENE PARA OBLIGAR A LOS CONTRIBUYENTES A QUE EN EL CÁLCULO DEL IMPUESTO ACTUALICEN EL VALOR DE LOS OBJETOS GRAVADOS”, Pleno, *idem*, 8a. época, t. IX, enero de 1992, tesis P. XI/92, p. 32; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INSTITUCIONES DE CRÉDITO. LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA LEGISLAR SOBRE INTERMEDIACIÓN Y SERVICIOS FINANCIEROS, INCLUYE LO RELATIVO A SU SEGURIDAD”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 53, p. 48; “ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS FEDERALES. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES IMPLÍCITAS PARA DOTARLOS DE ATRIBUCIONES QUE LES PERMITAN EMITIR ACTOS DE AUTORIDAD”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XV, marzo de 2002, tesis 2a. XV/2002, p. 431; “REGISTRO NACIONAL DE VEHÍCULOS. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENE FACULTADES CONSTITUCIONALES PARA EXPEDIR LOS ORDENAMIENTOS LEGALES EN ESA MATERIA”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVI, septiembre de 2002, tesis 1a. LXXI/2002, p. 262; y acción de inconstitucionalidad 26/2006, *cit.*, nota 233, 2a. sección, con. IX, p. 63.

³⁰⁷ Pleno, controversia constitucional 26/99, *idem*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, con. IX, pp. 575 y ss.

³⁰⁸ Véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 50, pp. 270-271.

³⁰⁹ Véanse “INSTANCIAS IMPUGNATIVAS EN MATERIA ELECTORAL. LAS LEYES ESTATALES DEBEN CONSIDERAR EL LAPSO QUE PODRÍA REQUERIR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN PARA RESOLVERLAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis P./J. 53/2006, p. 584; “REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. LAS BARRERAS LEGALES QUE ESTABLEZCAN LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS PARA EL ACCESO A DIPUTADOS POR ESE PRINCIPIO DEBEN SER RAZONABLES”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis P./J. 140/2005, p. 156; “PRECAMPAÑAS ELECTORALES. EL ARTÍCULO 276 DE LA LEY ELECTORAL DE QUINTANA ROO, ES CONTRARIO AL PRINCIPIO DE CERTEZA CONTENIDO EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XX, septiembre de 2004, tesis P./J. 68/2004, p. 814; “MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 19, CUARTO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHIAPAS, AL ESTABLECER QUE LAS DELEGACIONES DEL ÓRGANO EJECUTIVO FEDERAL DEBEN CESAR LA DIFUSIÓN PÚBLICA DE OBRAS Y PROGRAMAS UN MES ANTES DEL DÍA DE LA ELECCIÓN, NO TRANSGREDE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXII, agosto de 2005, tesis P.

contravención³¹⁰ — o haga de las prescripciones fundamentales una simple formalidad carente de un objetivo sustantivo.³¹¹

Probablemente sea en la *tutela de la autonomía municipal* en donde la Corte, en ocasiones más numerosas y contundentes, haya desarrollado este principio hermenéutico. De hecho, en la controversia constitucional 19/2001 acuñó un “principio interpretativo de fortalecimiento municipal”³¹² al sostener que

la interpretación del texto actual del artículo 115 [constitucional] debe hacer palpable y posible el fortalecimiento municipal, para así *dar eficacia material y formal al Municipio Libre*, sin que esto signifique que se ignoren aquellas injerencias legítimas y expresamente constitucionales que conserven los Ejecutivos o las Legislaturas Estatales.³¹³

A partir de esta tendencia general de fortalecimiento y a través de diversas ejecutorias, la Suprema Corte ha garantizado la autonomía y dignidad municipales, en particular en el aspecto financiero³¹⁴ pero también contra la arbitrariedad actual³¹⁵ o potencial —en conjunto

XXXIII/2005, p. 797; “RENTA. LA DEDUCCIÓN DEL COSTO DE LO VENDIDO NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UN BENEFICIO OPTATIVO OTORGADO POR EL LEGISLADOR”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 1a. CLVII/2007, p. 403; y “TRÁNSITO...”, *cit.*, nota 240.

³¹⁰ Pleno, controversia constitucional 35/2000, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de septiembre de 2004, con. IX, p. 72. Véase también, aunque constituyendo un *obiter dictum*, entrelazando de modo interesante el principio de seguridad jurídica y la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales, la opinión de la Corte sobre la “defectuosa factura” de la disposición legal que facultó al Consejo General del Instituto Electoral de Zacatecas a censurar previamente mensajes políticos —punto que fue su *ratio decidendi*—, instituyendo “cláusulas inmensamente más abiertas”, de manera que dicho órgano “no [encontraba] en la ley ningún límite efectivo”; acción de inconstitucionalidad 45/2006, *cit.*, nota 174, 1a. sección, con. VII, pp. 108-110.

³¹¹ “ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES Y ESPECTÁCULOS PÚBLICOS EN EL DISTRITO FEDERAL, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO GENERAL PARA LA ORDEN DE VISITA DEBE SER ENTREGADA Y NO SOLAMENTE MOSTRADA AL VISITADO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 205-216, sexta parte, p. 209; y “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, mayo de 2006, tesis I.4o.A. J/43, p. 1531.

³¹² Controversia constitucional 12/2001 (voto de minoría de los ministros Sánchez Cordero y Góngora Pimentel), *cit.*, nota 126, 2a. sección, p. 39.

³¹³ “BIENES INMUEBLES DEL MUNICIPIO. CUALQUIER NORMA QUE SUJETE A LA APROBACIÓN DE LA LEGISLATURA LOCAL SU DISPOSICIÓN, DEBE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN II, INCISO B), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ADICIONADO POR REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 23 DE DICIEMBRE DE 1999)”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, agosto de 2003, tesis P./J. 36/2003, p. 1251 (cursivas añadidas); reiterado en la controversia constitucional 104/2003, *cit.*, nota 126, 2a. sección, con. VIII, p. 104.

³¹⁴ Un catálogo esencial de criterios sobre este rubro, concluyendo con la formulación de los principios de “ejercicio directo de recursos”, “libre administración hacendaria” y otros, puede verse en Pleno, controversia constitucional 12/2004, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de abril de 2005, 1a. sección, con. VI, pp. 72-75; y Pleno, controversia constitucional 14/2004, *idem*, 22 de diciembre de 2004, 2a. sección, con. VII, p. 49.

³¹⁵ Sobre la necesaria discusión legislativa de las propuestas municipales de sus propias leyes de ingresos, a través de la “vinculatoriedad dialéctica” que conllevan, véanse *ibidem*, p. 50, y Pleno, controversia constitucional 15/2006, *idem*, 9 de febrero de 2007, con. VI, pp. 13-14. Dando el mayor alcance posible a la dignidad municipal: “AUTORIDAD INTERMEDIA. INTERPRETACIÓN DE LA VOZ ‘GOBIERNO DEL ESTADO’, UTILIZADA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 24, p. 24.

con el principio de seguridad jurídica—³¹⁶ de las autoridades estatales en sus relaciones con ellos.

Otra forma en que se ha manifestado este principio es la aplicación analógica de las normas constitucionales. A decir verdad, siendo la diferencia simplemente debida a la perspectiva, el argumento analógico promueve maximizar la eficacia normativa de un principio jurídico y darle una mayor aplicabilidad llevándolo más allá de lo textualmente previsto, conforme a sus fines generales.³¹⁷ Por ello, puede tenerse como una aplicación de la directiva interpretativa que analizamos, la argumentación analógica que amplía las consecuencias jurídicas de las disposiciones constitucionales a hipótesis en las que guardó silencio el Constituyente,³¹⁸ aunque tal no deba admitirse para normas de carácter excepcional.³¹⁹

Como en prácticamente todas las jurisdicciones, el reto a la fuerza normativa de la Constitución es la juridicidad de las normas programáticas; el balance en este aspecto es bueno, atenta la tradición de nuestro país. Por la irradiación que les permite su dimensión principal, permite a algunos de ellos como el derecho a la protección a la salud³²⁰ tener aplicaciones muy comunes y concretas; en cambio otros, como el relativo a una vivienda

³¹⁶ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERVENCIÓN A LA TESORERÍA MUNICIPAL. ES INCONSTITUCIONAL LA QUE REALIZA LA LEGISLATURA DE UN ESTADO CUANDO LA LEY NO SEÑALA CUÁLES SERÁN SUS ALCANCES Y LÍMITES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis P./J. 54/2003, p. 1058.

³¹⁷ *Supra*, nota 154. Véase “MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 151-156, cuarta parte, p. 218.

³¹⁸ “DISTRITO FEDERAL. EL JEFE DE GOBIERNO TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EJERZA LA FACULTAD PREVISTA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 97 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVIII, diciembre de 2003, tesis P. XXVIII/2003, p. 11; “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN ESTA VÍA CUANDO LA FEDERACIÓN HAYA IMPUGNADO UNA NORMA GENERAL DEL DISTRITO FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, tesis P./J. 76/2006, p. 823; “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P./J. 99/2006, p. 1565; “PREDIAL. EL ARTÍCULO 149, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE ENERO DE DOS MIL DOS, VIOLA LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIA AL FIJAR LA BASE DEL IMPUESTO EN LAS CONTRAPRESTACIONES POR EL USO O GOCE TEMPORAL DEL INMUEBLE ATENDIENDO AL FACTOR 10.0”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XVII, marzo de 2003, tesis I.1o.A. J/12, p. 1587; y “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL”, Sala Superior (TEPJF), *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 045/2002, p. 483.

³¹⁹ “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE APLICARSE POR ANALOGÍA CUANDO PREVÉ EXCEPCIONES A REGLAS GENERALES ESTABLECIDAS EN LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P. LVI/2006, p. 13. Véase “LEYES DE EXCEPCIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XIX, p. 754.

³²⁰ “SALUD, DERECHO A LA. TRANSGREDE EL, CUANDO NO SE ORDENA EL TRATAMIENTO SOBRE LA ADICCIÓN DE UN SENTENCIADO TOXICÓMANO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, tesis 702, p. 584; y “SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO”, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. II, diciembre de 1995, tesis VI.2o.37 P, p. 574. Este último precedente es muy parecido al caso con el que Alexy ilustra la colisión de principios, en el cual para el tribunal de Karlsruhe hubo tensión entre la reclusión del quejoso y su salud ante el concreto peligro de sufrir un infarto por continuarla, a resolver por el principio de proporcionalidad; *op. cit.*, nota 175, pp. 79-80; y BVerfGE 51, 324 (345-351).

digna³²¹ o la tutela social de la familia,³²² carecen de una incidencia normativa inmediatamente visible aunque no carecen de alguna influencia normativa. El mejor ejemplo de la justiciabilidad de las “normas de principio” lo ofreció el derecho a la información que “será garantizado por el Estado” según el artículo 6o. constitucional —anterior, claro, a la reforma publicada el 20 de julio de 2007—; con un criterio más político que jurídico,³²³ la Corte primeramente interpretó esa disposición como una “garantía social” que sólo se desplegaba en la publicidad de la ideología de los partidos políticos y con la que “no se pretendió establecer una garantía individual”;³²⁴ pero luego, ya con su actual configuración, reivindicó el carácter normativo de ese derecho y amplió su concepción para tenerlo como un verdadero derecho fundamental.³²⁵

Por lo visto, podemos decir que las “normas de principio” constitucionales poseen una esencia normativa que en variado grado obliga a tomarlas en cuenta en la aplicación jurídica, no obstante faltar algún desarrollo legislativo o secundario de sus implicaciones;³²⁶ *no son meras expresiones poéticas del Constituyente*. Pero la tendencia anterior no la ha seguido constantemente la Corte, al menos a favor de los gobernados, pues en ocasiones ha señalado —en concreto sobre la rectoría económica del Estado— que no importan garantía individual a los particulares que pueda exigirse a través del juicio de amparo, haciendo de ellas etéreas “declaraciones de principio” sólo tendientes a “proteger la economía nacional”,³²⁷ lo que

³²¹ “RENTA, CÁLCULO DEL IMPUESTO RELATIVO. LA DEDUCCIÓN DEL CINCUENTA POR CIENTO DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR ARRENDAMIENTO DE CASA-HABITACIÓN, ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 90 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (TEXTO VIGENTE A PARTIR DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 41, p. 64.

³²² “SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, VIOLA LA GARANTÍA SOCIAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, agosto de 2007, tesis 2a. CXIV/2007, p. 645.

³²³ La resolución de que hablamos puso fin a la impugnación del maestro Ignacio Burgoa a la negativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a proporcionarle información en 1983, sobre “los empréstitos que aumentaron en la cantidad de 37,600 millones de dólares la deuda externa de México durante el gobierno que presidió José López Portillo”, según la síntesis de su demanda de amparo incluida en la ejecutoria correspondiente—. Véanse sus *Memorias. Epítome autobiográfico*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 392 y ss.

³²⁴ “INFORMACIÓN. DERECHO A LA, ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. X, agosto de 1992, tesis 2a. I/92, p. 44. Con su argumentación en este asunto, con su interpretación el doctor Burgoa impulsó más una *concepción* —aún más fundamental— que el esclarecimiento del significado de esa disposición constitucional, basada en el carácter normativo de la *lex legum* que despreció la Corte privándola de juridicidad, como el maestro emérito acertadamente expuso en su crítica académica contenida en *op. cit.*, nota 7, pp. 687-692.

³²⁵ “DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA SUPREMA CORTE INTERPRETÓ ORIGINALMENTE EL ARTÍCULO 6o. CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE PARTIDOS POLÍTICOS, AMPLIANDO POSTERIORMENTE ESE CONCEPTO A GARANTÍA INDIVIDUAL Y A OBLIGACIÓN DEL ESTADO A INFORMAR VERAZMENTE”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, abril de 2000, tesis P. XLV/2000, p. 72.

³²⁶ Véanse “LEYES REGLAMENTARIAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XIII, p. 429.

³²⁷ “RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. LOS ARTÍCULOS 25 Y 28 CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LOS PRINCIPIOS RELATIVOS, NO OTORGAN DERECHOS A LOS GOBERNADOS, TUTELABLES A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, PARA OBLIGAR A LAS AUTORIDADES A ADOPTAR DETERMINADAS MEDIDAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis P. CXIV/2000, p. 149; y “RECTORÍA ECONÓMICA DEL ESTADO EN EL DESARROLLO NACIONAL. EL ARTÍCULO 25 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OTORGA A LOS GOBERNADOS GARANTÍA INDIVIDUAL ALGUNA PARA EXIGIR, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, QUE LAS AUTORIDADES ADOPTEN CIERTAS MEDIDAS, A FIN DE CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A AQUÉLLA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XVI, noviembre de 2002, tesis 2a.

parece negar que ellas puedan constituir un asidero con el cual calificar bajo su criterio alguna medida legislativa o acto estatal y haciendo de esos principios un continente vacío que llene la autoridad como le plazca, es decir una “cuestión política” que escapa al examen de la justicia constitucional; aunque, como ya dijimos, en algunas de sus decisiones le ha dado un importante peso a los principios que emanan de los artículos 25 y 28 constitucionales.³²⁸

Finalmente, en este panorama, resta por mencionar tan sólo algunos comentarios en relación con la eficacia normativa de la Constitución en tiempos de excepción. Aunque, de acuerdo a nuestro conocimiento, no han cobrado vida las prescripciones del artículo 29 constitucional desde el ingreso de México a la Segunda Guerra Mundial³²⁹ y por lo tanto se han mantenido vigentes las garantías individuales y el régimen democrático —al menos *de jure*— al finalizar esa situación; quizá los difíciles momentos que nuestro país atraviesa a inicios del siglo XXI en materia de seguridad pública nos hagan, si no llegar al extremo previsto en esa disposición constitucional, sí poner en riesgo el “ambiente libertario” que pretende erigir nuestra ley fundamental. Algunas resoluciones de nuestro tribunal constitucional son especialmente orientadoras en este tópico, por lo que toca a la permanente vigencia de las disposiciones constitucionales al hacer frente a sucesos que ponen en peligro la convivencia civilizada de

En la acción de inconstitucionalidad 1/96 promovida contra la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública que incluyó en éste a las fuerzas armadas (Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina), el Pleno de la Suprema Corte fue de la opinión de que en el combate a la delincuencia era *insoslayable el principio de juridicidad y en especial la observancia de los derechos fundamentales* que deben cuidarse “escrupulosamente”,³³⁰ además de ver con buenos ojos la participación en determinadas circunstancias de la milicia en operaciones de esa índole.³³¹ Aparte del precedente anterior, al ejercer su facultad de investigación y ordenar las pesquisas correspondientes en el caso *Atenco*, ese órgano señaló que

Además, *el Estado no puede luchar contra los violadores de la ley sin respetar sus propias reglas*, ya que uno de sus fundamentos es la racionalización del poder y la seguridad de los ciudadanos, lo que sin duda no se ve satisfecho cuando se elimina la razón del ejercicio del poder y se convierte

CXLV/2002, p. 454. Véanse “FINES EXTRAFISCALES...”, *cit.*, nota 222; y acción de inconstitucionalidad 26/2006 (voto particular del ministro Góngora Pimentel), *cit.*, nota 233, 3a. sección, pp. 83 y 108-110.

³²⁸ *Supra*, nota 222.

³²⁹ Véase sobre el tema general que tratamos y la fase histórica que mencionamos a Burgoa, *op. cit.*, nota 7, pp. 215-221; y Campillo, José, “El juicio de amparo y la legislación de emergencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 339-357. Y, sin duda alguna, ahora no puede soslayarse CIDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, OC-9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9.

³³⁰ Que además encontró acogida parlamentaria *incondicional* en los arts. 4o. y 61 de la Ley de Seguridad Nacional (2005).

³³¹ De entre los diversos criterios derivados de ese asunto, destacan para nuestro tema los siguientes: “SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 184, p. 168; y “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA”, *idem*, t. I, tesis 145, p. 122. Véase CIDH, *Lori Berenson Mejía*, fondo y reparaciones, 25 de noviembre de 2004, serie C, núm. 119, § 91.

en fuerza bruta, atentando contra la ciudadanía al no respetar las reglas mínimas aplicables al caso.³³²

Finalmente, aunque no se trate de una actuación jurisdiccional sino excepcionalmente de legislación material por parte de la Suprema Corte, no sobra mencionar que ésta reconoció en el considerando cuarto del Acuerdo General 16/2007 que establece Reglas para las Comisiones de Investigación formadas en virtud de lo establecido en el artículo 97 constitucional, que es “indudable” que tal precepto “tiene eficacia inmediata, sin necesidad de que se detalle en una ley o reglamento su desarrollo”.³³³ Por lo tanto, también el despliegue de dicha facultad de investigación, realizada en diversas ocasiones, importa la comprensión de la aplicabilidad y eficacia inmediata de las disposiciones constitucionales.

B. *Optimización de los derechos fundamentales*

Un rubro específico sobre este tema, sobre el que bien vale la pena profundizar, es el relativo a la máxima efectividad de los derechos fundamentales, aparte de lo abundantemente dicho sobre el principio *pro homine*. El mandato de optimización —para decirlo con Alexy— de los derechos fundamentales en México deriva de la interpretación *a contrario* del primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución, que sólo permite la restricción de esos derechos “en los casos y con las garantías que ella misma establece”; de modo que los titulares de una posición asegurada por las “garantías individuales” deben gozarla al máximo posible, dentro de las limitantes que establezca la propia Constitución.³³⁴ La Primera Sala de la Suprema Corte compartió muy claramente la opinión anterior:

Así, [el] primer párrafo [del artículo 1o. constitucional...] evidencia la voluntad constitucional de *asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales*, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye.³³⁵

La primera referencia en este aspecto, por su evidencia, es la relativa al reconocimiento de los aspectos positivo y negativo de las libertades públicas que se manifestaron gracias a las opiniones de la Corte primeramente sobre el derecho de asociación y luego sobre la libertad religiosa. Respecto de disposiciones legales que obligaban a ciertas personas a afiliarse a determinadas organizaciones, la Suprema Corte concluyó que eran violatorias de ese derecho

³³² Facultad de investigación 3/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2007, 1a. sección, con. IV, p. 107 (cursivas añadidas).

³³³ *Idem*, 22 de agosto de 2007, 1a. sección, p. 88.

³³⁴ Véase Burgoa, *op. cit.*, nota 7, p. 198. Y tal parece haber sido la intención del Congreso Constituyente de 1916-1917, según los diputados Silva Herrera (“...tratamos, no de restringir las garantías individuales, sino de *ampliarlas, si es posible*, y evitar todas las dudas que surgieron y que darían lugar a infinidad de amparos...”) y Epigmenio Martínez (“...estamos considerando un *Estado netamente constitucional* y que vamos a [ser] todos los hombres del nuevo régimen constitucional honrados, y por lo tanto todas las autoridades administrativas tendrán que preocuparse precisamente del bienestar de la sociedad y *no abusarán de sus facultades ni coartarán ninguna libertad...*”; Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 60, t. III, pp. 240 y 246 (cursivas añadidas). A ello se suma que Carranza, al presentar su proyecto constitucional, afirmó que “lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es garantizar, de la manera más *amplia y completa* posible, la libertad humana” (Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 269, p. 749; cursivas añadidas).

³³⁵ “IGUALDAD. CASOS EN...”, *cit.*, nota 223 (cursivas añadidas). Véase también “DERECHOS FUNDAMENTALES...”, *cit.*, nota 166.

fundamental ya que éste posee además de la dimensión positiva explícitamente prevista en los preceptos constitucionales que lo establecen, otra de carácter negativo que mantiene con carácter constitucional el derecho de las personas a no pertenecer a una determinada asociación o dejar de hacerlo.³³⁶ Es claro que esta interpretación, proviene de la *determinante orientación liberal* de la ley fundamental,³³⁷ por la cual se limita a las autoridades a lo concedido por la ley y establece un principio de libertad a los particulares en virtud del cual “[se] les garantiza que lo que no les está prohibido [en la ley] es lícito y permitido”,³³⁸ pero su importancia radica en que da rango constitucional a la permisón implícita del aspecto negativo de esos derechos fundamentales.

En este tenor resulta importante la consideración de los derechos la personalidad como fundamentales —con un tangencial reconocimiento al de autodeterminación informativa— y tácitamente incluidos en la ley suprema, que realizó la Corte al analizar la procedencia de medios de apremio para el desahogo de pruebas de ADN en juicios de paternidad. No cabe duda que en este caso, el tribunal constitucional abrió una puerta importante para la dogmática iusfundamental y civilista de nuestro país al decir que

De esta manera, se tiene que el estado civil comporta un atributo propio de la persona, inherente y consustancial al derecho de la personalidad jurídica y al nombre que, en el caso de los menores, reviste el carácter de derecho fundamental. Por ello, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del *derecho fundamental a la personalidad jurídica*.³³⁹

Luego de este pronunciamiento, la Corte afirmó la existencia de un amplio “derecho fundamental a la vida privada”. Esto es llamativo por la argumentación que le sirve de base, ya que el texto de la Constitución sólo tutela dicho bien jurídico como límite a la libertad de expresión y no como una garantía individual expresamente declarada en su articulado; pero ese tribunal, parando mientes en su consagración constitucional y relacionándolo con la dignidad humana —sin que olvidemos su precedente en el tema³⁴⁰—, ya reconoció ampliamente su naturaleza iusfundamental.³⁴¹

³³⁶ “SINDICACIÓN ÚNICA. LAS LEYES O ESTATUTOS QUE LA PREVÉN, VIOLAN LA LIBERTAD SINDICAL CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN X, CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 496, p. 571; “CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. II, octubre de 1995, tesis P./J. 28/95, p. 5; y “LIBERTAD RELIGIOSA. SUS DIFERENTES FACETAS”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. LX/2007, p. 654.

³³⁷ Guastini, *loc. cit.*, nota 212.

³³⁸ “VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL”, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimotercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, tesis XXIII.3o. J/1, p. 1299.

³³⁹ Primera Sala, contradicción de tesis 154/2005-PS, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, con. V, § I, pp. 112 y ss (cursivas añadidas). Véase también “DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 1a. CXLII/2007, p. 260.

³⁴⁰ *Supra*, nota 202.

³⁴¹ “VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis 1a. CXLVIII/2007, p. 272.

Pero a pesar de la anterior limitación expresa a los menores de los derechos fundamentales inherentes a la personalidad e igualmente su confinamiento a lo relativo al “estado civil”, al hallar éstos fundamento en la dignidad humana protegida por el artículo 1o. constitucional, no puede sino extenderse a cualquier persona y a toda cualidad propia de su personalidad individual —propia imagen, intimidad, etc.— para tenerla como un principio constitucional amplio y genérico y no sólo limitado a cuestiones de filiación. Lo anterior es corroborado por la no tan puesta de relieve consagración iusfundamental de la libertad sexual y la libre disposición del propio cuerpo —que sin duda entra en juego en todo examen sobre el complejo y sempiterno tema del aborto—, que realizó también la Primera Sala de la Corte al modificar su jurisprudencia sobre el delito de violación entre cónyuges y exponer todas las implicaciones del segundo párrafo del artículo 4o. constitucional;³⁴² resolución de la que, sin perjuicio de su importancia social, nos parece de gran importancia técnica la “develación” de tales derechos fundamentales.

Del sentido negativo de la optimización de los derechos fundamentales, o sea la “concepción restrictiva” de sus limitaciones —usando las palabras de la Corte—, también podemos encontrar ejemplos. El más significativo puede ser el relativo a la sujeción a reglamentación de los “actos de culto público”, en relación al cual nuestro tribunal constitucional lo redujo a “manifestaciones institucionalizadas o formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas preestablecidas por ellas”, dejando fuera de ese concepto —y por lo tanto reconociendo amplísima libertad a su realización— a aquellas manifestaciones externas que, “[como] llevar la kipá o una medalla de la Virgen en el cuello, [son] símbolo y expresión de la filiación religiosa judía o católica”.³⁴³ Algo relacionado con lo anterior, es la amplitud que ha reconocido la Corte a la libertad de expresión, definiéndola como “el derecho de todo individuo de exteriorizar sus ideas *por cualquier medio*, no sólo verbal o escrito, sino por todo aquel que la ciencia y la tecnología proporcionan”.³⁴⁴

Desde luego sin restar importancia a los ejemplos anteriores, los derechos fundamentales cuya salvaguarda más notablemente ha procurado garantizar al máximo la Suprema Corte, son los relativos a la tutela jurisdiccional que en una gran parte corresponden a nuestra “garantía de audiencia”. Sobre esta última, hablando en general, es particularmente trascendental el criterio vinculante que hace consistir su fin último en “evitar la indefensión del afectado”,³⁴⁵ con lo que da a esta garantía individual un carácter de principio cuya teleología debe orientar toda la práctica jurisdiccional para *facilitar* a los gobernados la preparación de su defensa procesal,³⁴⁶ en términos más abiertos no puede formularse este derecho fundamental y es prácticamente imposible prever todas sus implicaciones y situaciones de aplicación, pero

³⁴² Varios 9/2005-PS, *idem*, 9a. época, XXIII, enero de 2006, con. VII, pp. 659 y ss.

³⁴³ “LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTO. SUS DIFERENCIAS”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis 1a. LXI/2007, p. 654.

³⁴⁴ “PELÍCULAS CINEMATográfICAS EN IDIOMA EXTRANJERO. EL ARTÍCULO 8o. DE LA LEY FEDERAL DE CINEMATOGRAFÍA QUE PREVÉ SU EXHIBICIÓN EN VERSIÓN ORIGINAL Y, EN SU CASO, SUBTITULADAS EN ESPAÑOL, CON EXCEPCIÓN DE LAS CLASIFICADAS PARA PÚBLICO INFANTIL Y LOS DOCUMENTALES EDUCATIVOS, QUE PODRÁN EXHIBIRSE DOBLADAS AL ESPAÑOL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XI, junio de 2000, tesis P. LXXXVII/2000, p. 29.

³⁴⁵ “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 218, p. 260.

³⁴⁶ “AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VII, abril de 1998, tesis P. XXXV/98, p. 21.

debiéndose tener en cuenta que corresponde en ellas realizar los actos necesarios o simplemente convenientes para lograr los objetivos que se propone, yendo más allá de una aplicación estricta de las leyes procesales.

Esta tendencia garantista en el plano jurisdiccional es todavía más notable al tratarse del derecho de acceso a la justicia, tradicionalmente olvidado —o peor: desconocido— en nuestro medio por su sigilosa naturaleza, pero que probablemente sea el más importante de ellos.³⁴⁷ Para mayor efectividad de este derecho fundamental, que en su propia opinión forma parte de la tutela jurisdiccional establecida en el artículo 17 constitucional,³⁴⁸ la Suprema Corte insertó en su práctica jurisprudencial —aunque no expresamente— el principio *pro actione* “que postula a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción”³⁴⁹ y el cual, como es evidente, no es más que una manifestación procesal del principio *pro homine*.³⁵⁰

A nuestro ver, la más trascendental aplicación de esta tendencia se ha dado en la apertura de la procedencia de la controversia constitucional, aunque la Corte no haya sido constante en ello;³⁵¹ que igualmente se ha visto en la acción de inconstitucionalidad³⁵² y en el juicio de amparo —llegando incluso a usar una interpretación *contra legem*—,³⁵³ y ³⁵⁴ al igual que en

³⁴⁷ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, México, nota 4, p. 726; y Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, FCE, 1996, pp. 12-13.

³⁴⁸ “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis 1a./J. 42/2007, p. 124; y “ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 2a./J. 192/2007, p. 209.

³⁴⁹ García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 461.

³⁵⁰ Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 50, p. 299. Cfr. Gil-Robles, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, CEC, 1996, p. 93.

³⁵¹ Un resumen muy básico se halla en la controversia constitucional 31/2006, *cit.*, nota 275, 1a. sección, con. I, pp. 27-29.

³⁵² Pleno, acción de inconstitucionalidad 18/2003, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de octubre de 2003, con. IV, p. 72.

³⁵³ “DÍAS INHÁBILES PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS EN JUICIO DE AMPARO. DADA LA CONFUSIÓN QUE PRODUCEN LOS ARTÍCULOS 160, 163 Y NOVENO TRANSITORIO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, DEBEN TOMARSE COMO DÍAS INHÁBILES LOS SEÑALADOS EN DICHO ARTÍCULO 163 Y TAMBIÉN LOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AMPARO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. V, febrero de 1997, tesis P. XXV/97, p. 122; “DEMANDA DE AMPARO. EL TÉRMINO PARA SU PROMOCIÓN CUANDO EN UNA MISMA FECHA SE NOTIFICA EL ACTO RECLAMADO Y SE OBTIENEN LAS COPIAS QUE LO CONTIENEN, DEBE COMPUTARSE CONFORME AL PRIMER SUPUESTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY DE AMPARO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a./J. 31/2007, p. 323; “ANOTACIÓN REGISTRAL...”, *cit.*, nota 189; “RECURSO DE REVISIÓN...”, *cit.*, *idem*; “DEMANDA DE AMPARO. LA OMISIÓN DEL QUEJOSO DE SEÑALAR SU DOMICILIO PARTICULAR, NO ES MOTIVO PARA TENERLA POR NO INTERPUESTA”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. VI, tesis 15, p. 21; y “ORDEN DE COMPARECENCIA. DEBE ESTUDIARSE SU CONSTITUCIONALIDAD AUN CUANDO EL QUEJOSO LA DESIGNE ERRÓNEAMENTE COMO ORDEN DE APREHENSIÓN”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. II, tesis 229, p. 169. Véase “AMPARO, LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA DEL, SON DE ESTRUCTURA INTERPRETACIÓN”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXIII, p. 2215.

³⁵⁴ Sobre todo respecto de la flexibilidad otorgada para el planteamiento de la demanda, luego extendida a la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Véanse “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis P./J. 68/2000, p. 38; y

procesos electorales u ordinarios.³⁵⁵ Esta afirmación del principio *pro actione* en la jurisprudencia de nuestro país, por otra parte, se despliega frente a la actividad legislativa imponiéndole, a pesar de tener una libertad de configuración más o menos amplia —atribuido por el mismo artículo 17 constitucional—, no llegar al extremo de establecer cualquier requisito para el acceso a la jurisdicción sino únicamente aquéllos que puedan tenerse como “razonables” o “proporcionados” respecto de un fin legítimo;³⁵⁶ aunque no ha habido una consistente aplicación de este principio y las Salas de la Corte han incurrido en flagrante contradicción al respecto.³⁵⁷

En el campo penal, ya en concreta relación con el derecho de defensa, parece que nuestros tribunales sugieren la existencia de unos *Miranda rights*³⁵⁸ como “formalidad esencial” del procedimiento, en un intento de lograr condiciones necesarias para “erradicar viejas prácticas vejatorias e infamantes”, considerándolos una medida obligada para satisfacer los fines de los derechos fundamentales de personas sujetas a sus procedimientos,

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CARGA PROCESAL MÍNIMA DEL QUEJOSO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 166, FRACCIÓN VI, DE LA LEY DE AMPARO)”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis I.4o.C. J/27, p. 2362.

³⁵⁵ “PROMOCIONES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 44, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE SU LEY ORGÁNICA, QUE ESTABLECE QUE SÓLO SE RECIBIRÁN DURANTE LAS HORAS HÁBILES QUE DETERMINE EL PLENO DE DICHO ÓRGANO, CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LII/2004, p. 515; “ALEGATOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SI AL ANALIZAR LA OPORTUNIDAD EN QUE FUERON PRESENTADOS, SE ADVIERTE QUE EL AUTO DE LA SALA FISCAL GENERA CONFUSIÓN, AL SEÑALAR UN PLAZO MAYOR PARA EL EFECTO DE COMPUTAR CUÁNDO EMPIEZA A CORRER EL TÉRMINO DE CINCO DÍAS QUE PARA FORMULARLOS PREVÉ EL ARTÍCULO 235 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, DEBE ESTARSE A LO MÁS FAVORABLE AL PROMOVENTE”, Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis XX.2o.43 A, p. 1587; “PRUEBA PERICIAL EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. ANTE SU INCORRECTA DENOMINACIÓN LA JUNTA, SUPLENDO EL ERROR POR MEDIO DE LA INTERPRETACIÓN Y ATENDIENDO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA CAUSA DE PEDIR, DEBE ADMITIRLA”, Tercer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis VIII.3o.29 L, p. 1749; “PROMOCIONES. CUANDO ES EVIDENTE QUE SU LITERALIDAD SE OPONE A LA CLARA INTENCIÓN DEL SUSCRIPTOR, DEBE PREVALECEER ÉSTA”, Sala Superior (TEPJF), *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 66/2002, p. 249; y “JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO. PROCEDE CUANDO SE ADUZCAN VIOLACIONES A DIVERSOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON LOS DERECHOS DE VOTAR, SER VOTADO, DE ASOCIACIÓN Y DE AFILIACIÓN”, Sala Superior (TEPJF), *idem*, tesis S3ELJ 36/2002, p. 164.

³⁵⁶ “GARANTÍA A LA TUTELA...”, *cit.*, nota 348; “JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 33, p. 56; y “ACCESO A LA JUSTICIA. SÓLO EL LEGISLADOR PUEDE IMPONER PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, mayo de 2004, tesis 1a. LV/2004, p. 511.

³⁵⁷ *Cfr.* “SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 295 DE LA LEY RELATIVA QUE ESTABLECE A CARGO DE LOS ASEGURADOS Y SUS BENEFICIARIOS LA OBLIGACIÓN DE AGOTAR EL RECURSO DE INCONFORMIDAD, ANTES DE ACUDIR A LA JUNTA FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE A RECLAMAR ALGUNA DE LAS PRESTACIONES PREVISTAS EN EL PROPIO ORDENAMIENTO, TRANSGREDE EL DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA GARANTIZADO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 78, p. 124; y “AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA EL NUMERAL 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a. CIV/2007, p. 787.

³⁵⁸ Institución norteamericana consistente en la célebre “lectura de derechos”. Véase *supra*, cap. cuarto, nota 97.

porque el más elemental sentido de justicia y la esencia misma de una defensa adecuada, exige que se garantice al inculpado un trato justo, digno y respetuoso de sus derechos públicos básicos, lo que *sólo es factible en la averiguación previa, cuando se hace[n] del conocimiento del inculpado las prerrogativas constitucionales* y éste las ejerce en forma libre y espontánea, por sí, a través de su abogado o la persona designada como de su confianza.³⁵⁹

A pesar de las notables resoluciones que acabamos de comentar, y apartando en tema de su necesaria concordancia con otros principios constitucionales, no siempre la Suprema Corte ha dado eficacia máxima a los derechos fundamentales. Tres diferentes casos nos parecen paradigmáticos: el primero —en realidad constituido por dos asuntos—, relativo a la libertad de asociación en materia electoral; el segundo, al derecho de defensa de los indiciados en la averiguación previa; y el último, a la libertad de trabajo en relación con la imparcialidad arbitral.

Analizando restricciones a la formación de coaliciones de partidos políticos para contender en procesos electorales, y luego de haber reconocido a las libertades de asociación y reunión como fundamentos democráticos esenciales, la Corte determinó que aquéllas no eran inconstitucionales pues la ley fundamental condicionaba la formación de aquéllas a las “modalidades” razonables que el legislador quisiera imprimirle —en los casos que analizamos: la formación de una coalición total por tipo de elección (Tlaxcala) y el condicionamiento de su integración a la participación en el proceso electoral anterior (Quintana Roo)—, precisamente *sin analizar la razonabilidad de las mismas* —y en uno de ellos simplemente reiterando un criterio anterior que se refería a la situación contraria: la permisión y no a la imposición de coaliciones totales—; concluyendo que la posibilidad de formar asociaciones de este tipo es una prerrogativa legislativa y no un derecho constitucional porque no impide la asociación política de los ciudadanos ni que los partidos participen en la vida política.³⁶⁰ En sus respectivos votos particulares, el ministro Góngora Pimentel muestra la incorrección de ese criterio general; dejando en manos del legislador el contenido de un derecho —la libertad de asociación— ocasionaría la “*desconstitucionalización*” del ordenamiento electoral y, orientado por los valores de pluralismo político y el principio de libertad genérica de acción, concluyó que la decisión mayoritaria inutilizaba ambos principios —aunque nos parece que su argumentación pudo robustecerse expresando el subyacente carácter axiológico e institucional de la libertad de asociación—, apuntando que de tal suerte se afecta su “*contenido esencial*” —restando explícitamente toda importancia a que nuestra Constitución carece de un concepto similar como las europeas (Alemania y España)—, considerando “que más bien es un caso que requiere de *una mayor interpretación constitucional para reforzar la fuerza normativa de la Constitución*”.³⁶¹

³⁵⁹ Amparo directo en revisión 600/99, *cit.*, nota 85, con. V. La misma idea esencial, sobre la necesidad de hacer saber al inculpado sus derechos fundamentales, la reiteró la Primera Sala en la contradicción de tesis 160/2006-PS (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, con. V, pp. 104 y ss). Véase también “VIOLACIÓN DE FONDO Y NO PROCESAL. LA CONSTITUYE LA OMISIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE INFORMAR A LA INDICIADA SU DERECHO A NO DECLARAR EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y, POR TANTO, ES RECLAMABLE EN AMPARO DIRECTO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXV, febrero de 2007, tesis VI.2o.P.75 P, p. 1918.

³⁶⁰ Acción de inconstitucionalidad 2/2004, *cit.*, nota 231, 2a. sección, con. V, pp. 81-88; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 14/2004, *idem*, 4 de octubre de 2004, 2a. sección, con. XI, pp. 78-85.

³⁶¹ *Cit.*, nota 231, 2a. sección, pp. 93-94; y *cit.*, nota 360, 2a. sección, pp. 120-123 (cursivas añadidas al texto transcrito).

En la contradicción de tesis 150/2004-PS, la Primera Sala de la Corte resolvió un problema muy debatido en los Tribunales Colegiados y los Juzgados de Distrito: si entre los derechos otorgados por el artículo 20 constitucional a los indiciados en averiguaciones previas, se encontraba el de obtener copia de actuaciones del procedimiento, que el tribunal constitucional resolvió en sentido negativo y limitó al simple derecho a consultar el expediente.³⁶² Obviamente, esta resolución contraviene los anteriores precedentes generales sobre el derecho de defensa —aplicable en este caso al procedimiento ministerial—, minimizándolo, pues *de ninguna manera lo facilita en óptimo grado*³⁶³ —y eso sin hablar del derecho a la información— la posibilidad de defensa del indiciado; para elaborar una defensa jurídica es preferible contar con copias fotostáticas, aunque sean simples, a manejar sólo apuntes tomados en la incomodidad y con las restricciones que imponen las oficinas públicas. Aparte de lo anterior, es decir la optimización y salvaguarda del derecho de defensa, la resolución que comentamos es una ristra de *pésimas técnicas de interpretación constitucional*: es una conclusión desproporcionada por inadecuada al fin que pretende —mantener la reserva del procedimiento—, pues impide la expedición de copias de actuaciones que sí pueden consultarse en barandilla; vulnera el contenido esencial de ese derecho fundamental al admitir que el legislador puede dejar de darle máxima efectividad; interpreta el artículo 20 constitucional supeditándolo al artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales; y finalmente apoya su decisión en... ¡Un precedente de 1918!, de cuando las “copias” consistían únicamente en la transcripción manuscrita de las actuaciones —y mecanográfica en el mejor de los casos—, que hacía impracticable expedirlas por el expediente íntegro o una buena parte de él, obstáculo que en la actualidad eliminan los modernos procedimientos de fotocopiado —cuyo costo solventan generalmente los solicitantes de copias—.

Al estudiar la limitación impuesta por la fracción III del artículo 223 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que impide ejercer como árbitros en esa materia a los juristas que hubiesen prestado sus servicios a Sociedades de Gestión Colectiva, la Primera Sala señaló que “ningún derecho individual se puede prolongar más allá del punto en que comienza el de otra persona o en que se vulnera el interés general”, opinando que dicho precepto legal servía a garantizar la imparcialidad arbitral y ello bastaba para justificar que restrinja la libertad de trabajo.³⁶⁴ En su voto particular en ese asunto, el ministro Cossío Díaz señaló que dicha disposición legal carecía de “la necesaria adecuación entre medios y fines” y resultaba por ello una “norma discriminatoria”, “*desproporcional* y [que] limita innecesariamente bienes y derechos individuales”, puesto que “si el objetivo es asegurar la imparcialidad de los árbitros, la misma puede conseguirse por medios que no pasan por la limitación *ex ante* de la libertad de trabajo de ciertos profesionales de la abogacía”.³⁶⁵

³⁶² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, julio de 2005, pp. 43 y ss.

³⁶³ *Cfr. supra*, notas 345 y 346.

³⁶⁴ Amparo en revisión 1110/2005, 7 de diciembre de 2005, con. VII, pp. 28-30.

³⁶⁵ 7 de diciembre de 2005, pp. 9-14 (cursivas en el original del texto transcrito). Esta opinión disidente se adaptó en Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.

2. Unidad constitucional

A. Interpretación sistemática de la Constitución

Como generalmente sucede, en la jurisprudencia mexicana el sistemático es uno de los criterios más indiscutibles y arraigados de interpretación jurídica; en reiteradísimas ocasiones el Pleno de la Suprema Corte ha sostenido que las leyes no deben interpretarse aisladamente sino de manera conjunta y armónica para “establecer su verdadero sentido y alcance”,³⁶⁶ y admitiendo por supuesto las diversas figuras argumentativas en las que se desenvuelve como la *sedes materiae*³⁶⁷ y la interpretación conforme al rango jerárquico.³⁶⁸ Desde luego sin desconocer la abundancia de criterios en este sentido, nos parece que el punto culminante del afianzamiento de la interpretación sistemática en los precedentes judiciales de nuestro país, es la ya referida expresión de la Corte en el sentido de que “todo orden jurídico es un *sistema de normas* que constituyen una *unidad*”, fundado en la Constitución.³⁶⁹

Este último criterio, a pesar de su sencilla expresión, tiene implicaciones que es preciso detallar. Obviamente, no constituye la declaración de que el orden jurídico efectivamente es un sistema, sino el señalamiento tácito de que habrá de vérselo como si lo fuera a pesar de sus imperfecciones; con ello además se reconoce indirectamente el postulado del “*legislador racional*” que supuestamente “actúa con unidad psicológica de voluntad”.³⁷⁰ Asimismo, al contemplar al orden jurídico en su integridad como una sola unidad que articula la ley fundamental, parece avalar en la interpretación de una disposición jurídica un contexto³⁷¹ *muchísimo más amplio* que la colección textual de la que sea parte (código, ley, reglamento, etc.) o la rama jurídica a que pertenezca,³⁷² confines tradicionales de la interpretación sistemática en México, y llevar a la consideración de la “presencia de la totalidad de los componentes del mundo jurídico” —y las complejas relaciones entre todos ellos— en la actividad hermenéutica;³⁷³ y de esa misma opinión ha sido uno de nuestros tribunales al señalar que la interpretación sistemática “parte de considerar *al ordenamiento jurídico nacional* como un sistema, busca el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo”.³⁷⁴

La unidad del ordenamiento jurídico, ha reconocido en múltiples ocasiones la Suprema Corte, se finca primordialmente en su conformidad con la Constitución,³⁷⁵ por lo tanto y en un mayor grado, las disposiciones de la ley fundamental deben interpretarse sistemáticamente, teniéndolas formando también una unidad y sin que pueda admitirse oposición entre ellas:

³⁶⁶ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 193-198, primera parte, p. 113; e *idem*, 8a. época, t. II, primera parte, julio a diciembre de 1988, p. 22. Véase *supra*, nota 53.

³⁶⁷ Por ejemplo: “AMPARO DIRECTO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXXI, p. 1919.

³⁶⁸ *Supra*, nota 185.

³⁶⁹ *Supra*, nota 126 (cursivas añadidas).

³⁷⁰ “LEYES, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS”, Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXXIII, p. 802.

³⁷¹ Véase Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*, nota 50, pp. 113-115.

³⁷² Véase “LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXV, p. 4371.

³⁷³ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 102; e “INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CXIII, p. 495.

³⁷⁴ “MILITARES. PARA RESOLVER...”, *cit.*, nota 43 (cursivas añadidas).

³⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 196.

En cuanto a que sean contradictorias algunas de [las] normas [de la Constitución], procede declarar categóricamente que *la contradicción [...] es sólo aparente y que una recta interpretación l[a]s armoniza y hace evidente su innegable congruencia*. Los conceptos que la integran no pueden ser inconstitucionales porque la Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado. [...] Por [su artículo 133] la Constitución no puede ser inconstitucional. [E]ste es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado.³⁷⁶

De este concepto constitucional unitario no puede desprenderse una conclusión diferente a que considerar que todos sus preceptos son de “*igual jerarquía*” y que “*ninguno de ellos prevalece sobre los demás*”,^{377 y 378} por lo que debe tenerse como un “principio general” hacer su *interpretación sistemática* que armonice sus efectos porque todos son parámetros de validez de los demás elementos del ordenamiento.³⁷⁹ Lo anterior lleva a tener por incorrecta la formación de una existencia de una absoluta y predeterminada “escala de valores de la jerarquía normativa constitucional” —que no dejamos de reconocer como un esfuerzo por resolver estas cuestiones—,³⁸⁰ y a considerar que los conflictos entre ellos deben solucionarse por una apreciación casuística de su contraposición real, es decir en última instancia por su *ponderación*, pues los valores constitucionales tienen *prima facie* el mismo rango de protección; debe por lo tanto haber un “justo equilibrio” entre la satisfacción que los bienes constitucionales en juego puedan recibir en el caso particular.³⁸¹ Cuando mucho, y para estar a tono con la Corte Interamericana —de algún modo siguiendo la doctrina norteamericana de las *preferred freedoms*—, podríamos decir que debe admitirse un “amplio reconocimiento de la

³⁷⁶ Pleno, amparo en revisión 8165/62, citado en amparo en revisión 123/2002, *cit.*, nota 72, con. III, pp. 120-122.

³⁷⁷ “CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ”, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 39, primera parte, p. 22; y “CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL”, Pleno, *idem*, 8a. época, t. V, primera parte, enero a junio de 1990, tesis XXXIV/90, p. 17 (cursivas añadidas). Ambos criterios provienen de la ejecutoria citada en la nota inmediata anterior.

³⁷⁸ Nótese que la Suprema Corte se refirió a *todos* los preceptos constitucionales y no sólo a las “garantías individuales”, pues de la ejecutoria transcrita se habló de la impugnación de las reformas a los artículos 49 y 131 de la Constitución.

³⁷⁹ “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XII/2006, p. 25.

³⁸⁰ “DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. II, tesis 24, página 43; y “GARANTÍA DE DEFENSA. LOS PLAZOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO DEBEN INTERPRETARSE EN FORMA RIGORISTA CUANDO EL PROCESADO OFRECE PRUEBAS”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, julio de 2002, tesis I.3o.P.53 P, p. 304.

³⁸¹ Precisamente sobre el tema respecto del cual los criterios referidos en la nota inmediata anterior, vieron una “jerarquía de valores constitucionales”: “DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 181-186, tercera parte, p. 55; y “JUSTICIA PRONTA. EL LEGISLADOR DEBE GARANTIZARLA EN LAS LEYES, SIN MENOSCABO DEL DERECHO QUE LOS GOBERNADOS TIENEN A SU DEFENSA PLENA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, junio de 2005, tesis 2a. LXV/2005, p. 238.

primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer ni vulnerar”,³⁸² en tanto se tenga a la dignidad humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico.

Puede tenerse entonces como un firme principio de la interpretación constitucional en la jurisprudencia mexicana, la absoluta incorrección de toda lectura literalista aislada de las disposiciones de la ley fundamental, debiendo interpretarse “en forma sistemática y lógica”, buscando la realización de los objetivos que persiguen y que sólo pueden establecerse definitivamente por una *perspectiva integral del conjunto normativo que forman*, de modo que el resultado hermenéutico “tenga la debida consistencia jurídica”.³⁸³ Ejemplos claros de una aplicación general del criterio sistemático en la interpretación constitucional, son las opiniones de la Corte sobre derechos fundamentales relacionados con la materia electoral,³⁸⁴ límites de actuación de las fuerzas armadas³⁸⁵ y aspectos vedados al poder legislativo en la regulación de la administración pública.³⁸⁶

B. *Concordancia práctica y corrección funcional*

Estos subprincipios derivados de un criterio sistemático en la interpretación constitucional, también han tenido cabida en la jurisprudencia de nuestro país. Sus bases genéricas han sido sentadas desde muchos años atrás por nuestros tribunales, quienes han afirmado que debe procurarse que las disposiciones jurídicas se interpreten “en el sentido de [su] coexistencia y armonía [...] y no en el de su exclusión”,³⁸⁷ buscándose su coordinación “dentro del sistema que todo cuerpo de leyes unificado tiene en su base”,³⁸⁸ debiendo en consecuencia el intérprete tomar “como válido aquel sentido que resulte el más adecuado para que ambas normas produzcan efectos, de manera que ninguna de ellas resulte inoperante”,³⁸⁹ y “esforzarse por superar la contradicción aparente, interpretando dichos preceptos como dictados para que respondan a un mismo propósito”.³⁹⁰ Como se observará, ambos subprincipios en realidad son caras de la misma moneda y además se hallan íntimamente relacionados con el principio de máxima fuerza normativa de la Constitución, ya que promueven la eficacia de normas constitucionales en conflicto.

³⁸² *Lori Berenson Mejía, loc. cit.*, nota 331.

³⁸³ “DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XVII, junio de 2003, tesis 1a./J. 31/2003, p. 49. Véase *supra*, nota 96.

³⁸⁴ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. SI SU EJERCICIO SE RELACIONA CON EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ELECTORAL, SU INTERPRETACIÓN DEBE CORRELACIONARSE CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XIX, febrero de 2004, tesis P./J. 2/2004, p. 451.

³⁸⁵ “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. LA DETERMINACIÓN DE CUÁLES SON SUS FUNCIONES, EXIGE EL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA CONSTITUCIÓN Y, POR LO MISMO, LA COMPRESIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, CONFORME AL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 144, p. 122.

³⁸⁶ “CONGRESO DE LA UNIÓN. DENTRO DE LAS FACULTADES CONFERIDAS POR EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO TIENE LA DE EMITIR DISPOSICIONES QUE CONMINEN A UNA DEPENDENCIA DEL EJECUTIVO A TRANSFERIR ACCIONES PROPIEDAD DEL GOBIERNO FEDERAL A EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, marzo de 2005, tesis P./J. 11/2005, p. 809.

³⁸⁷ “LEYES, INTERPRETACIÓN DE LAS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XIX, p. 18.

³⁸⁸ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *idem*, 5a. época, t. CX, p. 444.

³⁸⁹ “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 7a. época, vol. 32, sexta parte, p. 53.

³⁹⁰ *Supra*, nota 370.

El subprincipio de “concordancia práctica” ha sido especialmente utilizado por los tribunales mexicanos para la interpretación de los derechos fundamentales, a fin de establecer su alcance preciso en los casos particulares. De tal suerte, ante una probable contraposición de normas constitucionales, no puede olvidarse que “deben concebirse actuando y funcionando de modo complementario, en una relación de sinergia, con equilibrio y armonía”, y teniendo en mente el mencionado subprincipio realizar una interpretación que lleve a “la unidad, concordancia o coherencia, plenitud, eficacia y coexistencia inter-sistémica de los varios bienes jurídicos en tutela”,³⁹¹ evitándose en lo posible la inutilidad de alguna de ellas y restringiéndose al mínimo posible las excepciones a su ámbito de aplicación.³⁹²

Por su lado, el subprincipio de corrección funcional que sirve principalmente al régimen democrático y al principio de división de poderes, encuentra también cabida en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Sus cimientos los ha establecido ese tribunal al referirse a los ámbitos excluyentes de competencia entre los distintos “órdenes” que integran el sistema jurídico mexicano (constitucional, federal, estatal, municipal y del Distrito Federal)³⁹³ y a su amplio catálogo sobre el último principio mencionado que hace consistir en un sistema de *checks and balances* en cuya virtud establece nuestra Constitución una “coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garanti[za] la unidad política del Estado”.³⁹⁴

Una muy buena muestra de una interpretación orientada por este principio se da en la armonización que hace la Corte de las amplias facultades de los Congresos estatales con los principios de autonomía municipal, racionalizando el ejercicio de aquéllas limitando sus determinaciones a ser supletorias para algunas situaciones.³⁹⁵ Además puede destacarse su resolución sobre ratificación de magistrados agrarios, en la que buscó un adecuado balance — aunque pueda discutirse su conclusión— tanto entre los ámbitos de discreción de los poderes federales que intervienen en esta función como en el correcto funcionamiento de la administración de justicia.³⁹⁶

Pero sin duda la más relevante aplicación de este principio radica en la autorrestricción que la Corte ha mostrado en ocasiones, en relación con determinar los efectos de sus sentencias y en el análisis que realiza de los actos sometidos a su consideración jurídica. Muy claramente ha señalado nuestro tribunal constitucional sus propios límites admitiendo que sus atribuciones se limitan a juzgar conforme a la Constitución y no acerca de ella (*judex non de Constitutione*

³⁹¹ “LIBERTAD DE TRABAJO Y SEGURIDAD JURÍDICA. SON DERECHOS FUNDAMENTALES QUE JUNTO CON EL DESARROLLO SUSTENTABLE, DEBEN CONCEBIRSE EN UNA RELACIÓN DE SINERGIA, EQUILIBRIO Y ARMONÍA”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, enero de 2005, tesis I.4o.A.451 A, p. 1793.

³⁹² “TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL. LOS ARTÍCULOS 2o., 7o., 13, 14, 18, 19 Y 43 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, VIGENTES EN 2004, NO VIOLAN LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis 1a. XXXVII/2006, p. 650.

³⁹³ *Supra*, nota 285.

³⁹⁴ “DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XIV, agosto de 2001, tesis 2a. CXXVIII/2001, p. 227; y Pleno, controversia constitucional 30/2003, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2004, 1a. sección, con. VII, p. 101.

³⁹⁵ Véase controversia constitucional 12/2001, *cit.*, nota 126, 1a. sección, con. VI, pp. 84-85.

³⁹⁶ Pleno, controversia constitucional 9/2003, cons. VIII y IX, pp. 44-52. Véase “MAGISTRADOS AGRARIOS. EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN NO DEBE INVADIR EL CAMPO DE LA DISCRETIONALIDAD RESERVADO AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y A LA CÁMARA DE SENADORES, EN EL PROCESO DE RATIFICACIÓN”, Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, tesis VIII.5o.3 A, p. 1767.

sed secundum eam judicare debet), ya que se encuentra en especial sometida “a todo el sistema constitucional” y por lo tanto “debe evitar invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos”.³⁹⁷

C. Recepción del principio de proporcionalidad

Muy gradualmente y no siempre acertadamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación —pero más decididamente otros tribunales— ha echado mano del principio de proporcionalidad *lato sensu* como una técnica de su interpretación constitucional. Este tópico argumentativo, consecuente a los ya expuestos principios de máxima eficacia constitucional y concordancia práctica, se integra por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* —más claramente: el procedimiento de ponderación de bienes—;³⁹⁸ con su aplicación se obtiene una regla de prelación entre las normas jurídicas que se oponen, cuya hipótesis forman las circunstancias particularísimas en las cuales una de ellas supera a la otra en un caso concreto, o sea establece la *lex specialis* que forma un ámbito de exclusión excepcional a la aplicabilidad general de la norma jurídica superada y, de tal manera, dilucida la contradicción entre ellas.³⁹⁹

Puede decirse que el primer tribunal mexicano que claramente empleó el principio de proporcionalidad fue la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁴⁰⁰ —sin olvidar la importante tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito⁴⁰¹—. La Suprema Corte lo comenzó a aplicar incluso antes que dichos tribunales, aunque en un principio con mucho sigilo y siendo sólo hasta los últimos años en que ha afirmado sin embozo su uso.

El primer precedente de la Corte sobre el tema data de 1996 y se refiere al tema de la equidad tributaria.⁴⁰² En dicha ocasión, el Pleno de ese tribunal sostuvo que las diferencias legislativas para ser lícitas “deben ser *adecuadas y proporcionadas*”, “de manera que la *relación* entre la medida adoptada, el *resultado* que produce y el *fin* pretendido por el legislador, superen un *juicio de equilibrio* en sede constitucional”.⁴⁰³ Igualmente, el Pleno y

³⁹⁷ *Supra*, cap. sexto, nota 217. Véase también “CONSIGNACIÓN DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES QUE INCURRAN EN LAS CONDUCTAS DELICTIVAS PREVISTAS EN LA FRACCIÓN XVII DEL ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CARECE DE ATRIBUCIONES PARA REALIZARLA”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P. LVIII/2006, p. 10.

³⁹⁸ Véase *supra*, cap. quinto, § II.3.B.

³⁹⁹ Sobre el principio *lex specialis derogat generali* como regla de interpretación sistemática en general y para el ámbito constitucional, véanse “INTERPRETACIÓN DE LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CVI, p. 1355; y acción de inconstitucionalidad 30/2005, *cit.*, nota 35, 2a. sección, con. VI, p. 54.

⁴⁰⁰ “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 144, n. 264.

⁴⁰¹ “TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis I.4o.A.60 K, p. 1579.

⁴⁰² En el examen de igualdad es sencillamente *indispensable* el uso del principio de proporcionalidad; el vaguísimo concepto de “razonabilidad” que constituye el parámetro de licitud de las distinciones legislativas tiene con los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación, muchas posibilidades de sortear la arbitrariedad y la tautología en que fácilmente puede incurrirse en su argumentación. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 53.

⁴⁰³ “EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 198, p. 240 (cursivas añadidas).

las Salas de la Corte han incluido notablemente el principio de proporcionalidad, en los casos relativos a requisitos de acceso a la jurisdicción⁴⁰⁴ y a la calificación de la constitucionalidad de las penas.⁴⁰⁵

En sendos criterios jurisprudenciales, relativos al examen de igualdad de medidas legislativas, las Salas de la Corte han definido las etapas del principio de proporcionalidad *lato sensu*, y señalado el carácter escalonado de su aplicación,⁴⁰⁶ bien puede decirse que en México se les considera, contrariamente a la dogmática imperante, como criterios diferentes y no formando un conjunto complejo, pero ello en realidad es una cuestión sin mayor importancia. Existen aparte de las resoluciones ya mencionadas, diversos ejemplos de aplicación concreta—realizada con frecuencia tácitamente y en algunos casos no estrictamente constitucionales—de cada uno de los subprincipios de idoneidad,⁴⁰⁷ necesidad⁴⁰⁸ y proporcionalidad *stricto*

⁴⁰⁴ “GARANTÍA A LA TUTELA...”, *cit.*, nota 348; “JUSTICIA, ACCESO A LA...”, *cit.*, nota 356; y “ACCESO A LA JUSTICIA...”, *cit.*, nota 356.

⁴⁰⁵ “PENAS Y SISTEMA PARA SU APLICACIÓN. CORRESPONDE AL PODER LEGISLATIVO JUSTIFICAR EN TODOS LOS CASOS Y EN FORMA EXPRESA, LAS RAZONES DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, abril de 2006, tesis 1a. LXIX/2006, p. 158; “PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P./J. 1/2006, p. 6; y “PRISIÓN VITALICIA. NO ES UNA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTAL, POR LO QUE NO VIOLA LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIII, febrero de 2006, tesis P. XIX/2006, p. 1178.

⁴⁰⁶ “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, tesis 1a./J. 55/2006, p. 75; y “EQUIDAD TRIBUTARIA. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis 2a./J. 31/2007, p. 334.

⁴⁰⁷ “LEY GENERAL DE SALUD. EL ARTÍCULO 277, PÁRRAFO TERCERO, EN VIGOR A PARTIR DEL 20 DE ENERO DE 2004, QUE PROHÍBE LA VENTA DE CIGARROS EN FARMACIAS, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, abril de 2005, tesis 1a./J. 40/2005, p. 378; “LEY GENERAL DE SALUD. EL ARTÍCULO 309 BIS, FRACCIÓN IV, EN VIGOR A PARTIR DEL 20 DE ENERO DE 2004, QUE PROHÍBE LA PUBLICIDAD DE CIGARROS EN FARMACIAS, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXI, abril de 2005, tesis 1a. XXIX/2005, p. 726; “CIGARROS. LA PROHIBICIÓN DE SU VENTA O DISTRIBUCIÓN EN FARMACIAS O BOTICAS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 277, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, EN VIGOR A PARTIR DEL 20 DE ENERO DE 2004, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXI, marzo de 2005, tesis 2a./J. 31/2005, p. 228; y “CIGARRILLOS. LA PROHIBICIÓN DE SU VENTA EN FARMACIAS, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 277, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2006, VIGENTE A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a. CIII/2007, p. 789; “MEDIDAS DE EXONERACIÓN EN MATERIA FISCAL. SU PROPÓSITO DEBE RESPONDER A UN RELEVANTE INTERÉS SOCIAL O ECONÓMICO NACIONAL, Y ATENDER AL PRINCIPIO DE IGUALDAD”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXII, noviembre de 2005, tesis 1a. CXL/2005, p. 41; y “RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XII, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, ES INCONSTITUCIONAL AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2003)”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis P./J. 128/2006, p. 7; y “COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 1a. CCXXXVII/2007, p. 184.

⁴⁰⁸ “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XVIII, agosto de 2003, tesis P. IX/2003, p. 54; “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. EL ARTÍCULO 8o., TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE TLAXCALA, ADICIONADO MEDIANTE EL DECRETO PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 20 DE MAYO DE 2004, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXIV, julio de 2006, tesis P./J.

sensu;⁴⁰⁹ de los que se desprende sin duda que su más relevante función es servir de criterio para resolver los conflictos en que pueden encontrarse los principios constitucionales, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales.

El uso de los criterios que integran el principio de proporcionalidad lleva a un importantísimo cambio en la concepción de la jurisdicción constitucional en nuestro país, respecto al control que la Corte —al igual que los tribunales colegiados y jueces de distrito—. En nuestro país es sumamente conocido y de tradicional el criterio por el cual los actos legislativos encuentran justificación en tanto se refieran a “relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas”,⁴¹⁰ que persistentemente todavía aplican la Suprema Corte y otros tribunales,⁴¹¹ dando lugar a la errónea⁴¹² —e inconveniente en un Estado constitucional democrático— opinión de que basta al legislador expresar algún fin a sus disposiciones o que alguna teleología legítima se le aprecie, para que dogmáticamente se le tengan por constitucionalmente correctas. Pero ha sido la misma Corte quien intenta profundizar en el examen de la motivación material de los actos legislativos, a fin de evitar la desproporcionada vulneración de algún principio fundamental; para eso dicho tribunal señaló que

en uso de sus atribuciones, las Legislaturas [...] pueden legislar a efecto de vedar el ejercicio de ciertas actividades; sin embargo, esto deben hacerlo fundada y *motivadamente*, es decir, en el ámbito de su competencia y en *circunstancias de modo, tiempo y lugar que así lo requieran*...

85/2006, p. 819; y “VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE EN 2005, VIOLA LA GARANTÍA DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXIV, octubre de 2006, tesis 1a. CLIX/2006, p. 285.

⁴⁰⁹ “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 162, p. 143; “SUSPENSIÓN. PROCEDENCIA EN LOS CASOS DE CLAUSURA EJECUTADA POR TIEMPO INDEFINIDO”, Pleno, *idem*, t. III, tesis 403, p. 433; “VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 15, FRACCIÓN XVI, INCISO C), DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL ESTABLECER QUE LA EXENCIÓN QUE CONTIENE NO SERÁ APLICABLE, ENTRE OTROS, A LOS DISEÑADORES DE LOGOTIPOS, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XX, diciembre de 2004, tesis 2a. XCIX/2004, p. 568; contradicción de tesis 154/2005-PS, *cit.*, nota 339, con. V, §§ IV y V (con una ejemplar ponderación entre los derechos fundamentales del presunto progenitor y los del descendientes, en los alcances de los medios de apremio para lograr el desahogo de pruebas de ADN); *supra*, nota 392; “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA...”, *cit.*, nota 174; y “DAÑO MORAL...”, *cit.*, nota 230.

⁴¹⁰ “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 226, p. 269.

⁴¹¹ Por ejemplo: Pleno, acción de inconstitucionalidad 19/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, septiembre de 2005, con. V, pp. 657 y ss; y “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN USO DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a./J. 41/2007, p. 361.

⁴¹² Ya que en realidad se refirió al cumplimiento *formal* y no material de las garantías de a que alude. Véanse “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 157-162, primera parte, p. 150; acción de inconstitucionalidad 36/2001, *cit.*, nota 123, 1a. sección, con. V, p. 60; “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 802, p. 544; y “MOTIVACIÓN. FORMAS EN QUE PUEDE PRESENTARSE LA VIOLACIÓN A ESA GARANTÍA EN FUNCIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE DEFENSA DEL AFECTADO”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, tesis I.4o.A.71 K, p. 1498.

[...el órgano legislativo] debe legislar atendiendo a estas condiciones, a fin de evitar que incurra en una actuación *arbitraria o injustificada*, que eventualmente pueda resultar inconstitucional.^{413 y 414}

Parece entonces haber un retroceso en la aplicabilidad del referido criterio tradicional sobre la justificación de los actos del legislador; la regla general que contiene dicha tesis, se ve reducida en aquellos ámbitos para los cuales la Suprema Corte ha exigido una “motivación reforzada” a los actos legislativos, que obliga al legislador a expresar dentro de sus procedimientos los fines que persigue con sus determinaciones y las razones que lo obligan a tomarlas.⁴¹⁵ Ejemplos de estos últimos son el ejercicio legislativo del *jus puniendi*,⁴¹⁶ la implementación de normas tributarias que persiguen fines diversos a la recaudación pública⁴¹⁷ y la llamada “vinculatoriedad dialéctica” en la discusión legislativa de las propuestas de leyes de ingresos municipales.⁴¹⁸

Ahora bien, a pesar de las decisiones a que nos hemos referido, podemos decir que el principio de proporcionalidad no tiene aún en México una cabal comprensión.

Primordialmente, la inadecuada aplicación del concepto que ahora estudiamos se debe en nuestra opinión a una consideración superficial de sus implicaciones, que van *más allá* de cuestionar la legitimidad —que a decir verdad ni se discute en el examen de proporcionalidad, porque entrar a él la presupone⁴¹⁹— de los fines que persigue (generalmente) el legislador.⁴²⁰ Así las cosas, el solo hecho de que éste aspire a un objetivo no prohibido por la Constitución o

⁴¹³ Acción de inconstitucionalidad 10/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. IX, marzo de 1999, con. VI, pp. 355 y ss; y acción de inconstitucionalidad 5/99, *idem*, t. IX, marzo de 1999, con. XV, pp. 469 y ss. Véanse “FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO”, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. III, tesis 38, p. 45; y “LIBERTAD DE TRABAJO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXI, p. 4025. Véase “AHORRO Y CRÉDITO POPULAR. EL ARTÍCULO CUARTO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 27 DE MAYO DE 2005, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, tesis 1a. CCXXIX/2007, p. 181.

⁴¹⁴ “En efecto, el Legislador local tiene la obligación de establecer en su proceso legislativo las condiciones de la razonabilidad de sus disposiciones, es decir, *tiene que justificar las medidas que adopte* ya que las mismas van en contra de la finalidad primaria de la medida; es inconducente que ante la falta de dicha justificación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su carácter de tribunal constitucional, invente o supla la razonabilidad de dichas previsiones en cada caso concreto”, Pleno, acción de inconstitucionalidad 28/2006 y acums. (voto particular del ministro Cossío Díaz), *Diario Oficial de la Federación*, 28 de mayo de 2007, 1a. sección, p. 112. Véanse “EQUIDAD TRIBUTARIA. LA OMISIÓN DEL ÓRGANO LEGISLATIVO DE JUSTIFICAR LAS RAZONES QUE SUSTENTAN UN TRATO DIFERENCIADO EN EL PROPIO PROCESO DE REFORMAS A UN ORDENAMIENTO LEGAL, POR SÍ MISMA, NO CONLLEVA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 1a. CLXXIX/2007, p. 384.

⁴¹⁵ Pleno, controversia constitucional 10/2005 (voto concurrente del ministro Cossío Díaz), *Diario Oficial de la Federación*, 31 de julio de 2006, 1a. sección, p. 105.

⁴¹⁶ “PENAS...”, *cit.*, nota 405.

⁴¹⁷ “FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, tesis 1a./J. 46/2005, p. 157.

⁴¹⁸ *Supra*, nota 315.

⁴¹⁹ *Cfr.* STC 55/1996, F.J. 7; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, p. 700; y Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, p. 65, n. 12.

⁴²⁰ *Cit.*, nota 365, p. 1.

incluso alentado por ella,⁴²¹ no implica que el acto legislativo y las medidas que establece sean conformes a la Constitución, como erróneamente algunas veces sostiene la Suprema Corte.⁴²²

Igualmente, la Suprema Corte opinó que el principio de proporcionalidad es un “sistema metodológico” por el cual se aplica un “test de razonabilidad”, pero “no constituye propiamente una garantía o derecho fundamental que consagre la Norma Fundamental”, sino “un método bajo el cual, si el órgano de control constitucional lo estima pertinente, puede emprender el análisis de un asunto sometido a su consideración”;⁴²³ efectivamente dicho principio es una pauta metodológica de razonabilidad pero, a diferencia de lo resuelto por ese alto tribunal, se basa precisamente en la *optimización* del goce de las garantías individuales que implícitamente ordena la Constitución,⁴²⁴ que se refuerza por la *garantía de motivación material del artículo 16 constitucional*,⁴²⁵ a la que indudablemente también está sometido el legislador,⁴²⁶ y la cual impide normativamente un menoscabo injustificado en la plena eficacia de los derechos fundamentales, de modo que su aplicación no es realmente “optativa” para los jueces constitucionales sino —como señalaron ambas Salas de la Corte— precisamente el cauce por el que debe conducirse el examen de razonabilidad del ejercicio de facultades discrecionales como las legislativas.⁴²⁷

Más endeble resulta la opinión que acabamos de exponer, al considerarse que el Pleno de la Corte sostuvo que

para determinar si [...se] viola o no el principio constitucional de igualdad, es *necesario* analizar el contenido de la disposición impugnada a la luz de lo que parte de la doctrina constitucional ha denominado juicio de *proporcionalidad*, o bien, lo que en el derecho anglosajón se conoce como juicio de *razonabilidad del vínculo*, el cual consiste en analizar si la medida legislativa adoptada y la diferencia en el trato desigual a los sujetos destinatarios de la norma, guardan una proporción constitucionalmente admisible, al estar justificado el trato desigual en atención al vínculo existente entre el contenido de la norma y su objetivo, el cual siempre debe ser acorde con los principios constitucionales que subyacen a nuestro sistema jurídico.⁴²⁸

⁴²¹ Véanse “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, noviembre de 2006, tesis 1a./J. 84/2006, p. 29; y “FINES EXTRAFISCALES...”, *cit.*, nota 222.

⁴²² “PRODUCCIÓN Y SERVICIOS. LOS FINES QUE JUSTIFICAN LA EXENCIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISO F), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL RELATIVO, SE SUSTENTAN EN EL INTERÉS DE PROTEGER A LA INDUSTRIA AZUCARERA (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2004)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIII, marzo de 2006, tesis 2a. XXIV/2006, p. 534; y sus ejecutorias de procedencia: amparo en revisión 94/2006, 24 de febrero de 2006, con. VIII, pp. 222-223; y amparo en revisión 162/2006, 3 de marzo de 2006, con. VIII, pp. 219-220; y amparo en revisión 247/2006, 3 de marzo del 2006, con. IV, pp. 244-245.

⁴²³ Segunda Sala, amparo en revisión 143/2007, 13 de junio de 2007, con. III, pp. 38-43. Véase “RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN III, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, QUE PREVÉ LOS REQUISITOS PARA DEDUCIR LOS GASTOS EN EL CONSUMO DE COMBUSTIBLES PARA VEHÍCULOS MARÍTIMOS, AÉREOS Y TERRESTRES, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 2a. C/2006, p. 234.

⁴²⁴ *Supra*, nota 335.

⁴²⁵ Gracias a la cual guardamos una indudable ventaja sobre sistemas que como el alemán carecen de una expresión constitucional similar, pero han percibido el “rango constitucional” del principio de proporcionalidad, emanado “del principio de Estado de Derecho y también [...] de la esencia misma de los derechos fundamentales” (BVerfGE 19, 342 [348-349]).

⁴²⁶ *Supra*, notas 121 y 123.

⁴²⁷ *Cfr. supra*, nota 406.

⁴²⁸ Acción de inconstitucionalidad 26/2006, *cit.*, nota 233, 2a. sección, con. IX, p. 64 (cursivas añadidas).

Pero ya en el año 2008 se publicó la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de nuestro tribunal constitucional, que no solamente otorga plena naturalización al principio de proporcionalidad y explica en qué consisten sus criterios, sino primordialmente (de manera implícita) finca su aplicación en el principio de legalidad que contiene el artículo 16 de la Constitución.⁴²⁹

D. *El principio stare decisis en México*

Para tratar el interesantísimo tema de la jurisprudencia en México, es preciso hacer algo de historia. Es indisputable que a Ignacio L. Vallarta —a quien se podrían agregar Ignacio Mariscal y José María Iglesias— corresponde la paternidad del sistema jurisprudencial mexicano; como cualquier otro pensador de su generación —como don Emilio Rabasa— o quizá mucho más, Vallarta estuvo fascinado por la doctrina constitucional norteamericana —basta leer cualquiera de sus votos y su obra doctrinal—,⁴³⁰ instaurando el principio *stare decisis* en nuestro país como muestra de ello.⁴³¹

En *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, el jurista jalisciense expuso en claros términos su concepción de la jurisprudencia como fuente de derecho; es de ponerse en relieve su admiración por el sistema norteamericano en esos pasajes.⁴³² A pesar de sus efectos relativos, dice Vallarta, las sentencias de amparo cumplen la “elevadísima” función de “*fijar el derecho público*”, que es “el más grandioso de sus efectos” porque representa la “interpretación suprema, definitiva, final de la Constitución”; pone especial énfasis en lamentar que, debido a la arraigada idea de que las “cuestiones constitucionales” se resuelven mediante “actos legislativos”, ni siquiera los tribunales dan importancia a este aspecto doctrinal de las resoluciones judiciales, lo que dio lugar a que se le rechace aun sin examinarlo, lo que permite que inexplicablemente “despu[é]s que cien, que mil ejecutorias han repetido la [...] inconstitucionalidad de la ley, [é]sta subsista y permanezca”; finalmente, compara esta situación con la importancia de la jurisprudencia norteamericana y subraya que en el vecino país “una opinión de Marshall vale tanto como una ley, y leyes son los *leading cases* resueltos por sus tribunales”, expresando con vehemencia su deseo de emulación en nuestro país de ese sistema.

Pudo Vallarta hacer derecho positivo de sus anteriores ideas. El 15 de agosto de 1881 dirigió a Ezequiel Montes, entonces Secretario de Justicia e Instrucción Pública, la versión definitiva del proyecto de ley de amparo con el cual cumplió el encargo que dicho funcionario le hizo al respecto, quien lo presentó al Senado de la República “como epílogo de su obra titulada ‘*El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*’”.⁴³³ Las principales ideas de ese proyecto legislativo que incumben a nuestro tema, fiel reflejo no sólo de las ideas de Vallarta sino de su mismos hábitos profesionales, son las siguientes: los jueces de distrito fundarán sus sentencias en el texto constitucional, para cuya “debida inteligencia” atenderán a las

⁴²⁹ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴³⁰ Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 153, p. 78.

⁴³¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Comentario al artículo 94”, en Cámara de Diputados, *op. cit.*, nota 60, t. IX, p. 801; y Quiroz Acosta, Enrique, “El precedente en México y en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año IV, núm. 34, abril de 1998, pp. 29-30.

⁴³² México, Fco. Díaz de León, 1881 (facsimilar), pp. 316-322 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁴³³ Consúltese el “Apéndice 2” de la edición facsimilar de dicho ensayo de Vallarta, contenida en el tomo V de sus *Obras* publicadas por la Editorial Porrúa, que contiene la carta dirigida por este jurista al secretario Montes con su proyecto legislativo, al igual la iniciativa presentada por dicho funcionario.

ejecutorias de la Suprema Corte y las “doctrinas de los autores” (art. 37); ampliando lo anterior, señala como deber de “los Tribunales” —concepto que incluye a la Suprema Corte— al “fijar el Derecho Público”, considerar a la Constitución, “las ejecutorias que la interpreten”, las leyes “emanadas de ella” y los tratados internacionales (art. 50); y establece sanciones para los jueces que resuelvan un juicio de amparo “contra su interpretación fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes” (art. 73). Salvo el segundo de los preceptos referidos, las anteriores disposiciones pasaron sin mayor cambio a los artículos 34 y 70 de la Ley de Amparo de 1882, que fueron los primeros en regular la obligatoriedad de la jurisprudencia en México.⁴³⁴

Lo anterior esclarece un punto muy importante de la aplicación de precedentes judiciales en nuestro foro o, mejor dicho, desvirtúa la generalizada opinión de que únicamente la jurisprudencia *stricto sensu* obliga al criterio de los tribunales, mas no lo hacen las “tesis aisladas”. Original y muy claramente, las ejecutorias de la Corte vinculaban a los jueces de distrito y su reiteración sencillamente les daba una obligatoriedad “reforzada”. Fue el artículo 786 del Código Federal de Procedimientos Civiles⁴³⁵ quien impuso como “jurisprudencia” sólo a aquellos criterios reiterados en cinco ejecutorias y dio cabida a la idea de poderse negar sujeción a aquellos que no fueren de esa calidad; pero el numeral siguiente del mismo ordenamiento estableció que la Suprema Corte “respetará sus propias ejecutorias”, debiendo expresar sus razones cuando pretendiere apartarse de la opinión sentada en ellas —expresando así el principio de inercia que subyace al *stare decisis*—, de modo que si su propio criterio sostenido en una ejecutoria aislada sometía a la misma Corte, no existe razón para pensar que a los jueces de distrito les hubiera estado permitido apartarse de él.

En la actualidad, por los motivos expuestos y otros más, puede afirmarse el principio de respeto al precedente judicial en nuestro país, incluso de aquellos que no constituyen “jurisprudencia”. A pesar de que en nuestra legislación no existe una disposición de que expresamente someta a los tribunales a los criterios ya sentados, más que cuando tienen la calidad de “jurisprudenciales”, en nuestra opinión *todos los precedentes judiciales sin importar si son de esta última categoría o simples “tesis aisladas”, tanto propios como acuñados por tribunales “superiores”, son vinculantes y la jurisprudencia en sentido estricto se distingue por tener una obligatoriedad reforzada*. Por supuesto, la anterior es una opinión general y los diversos conflictos en que concretamente pueden entrar los precedentes requieren para su solución de reglas específicas que nuestro propio sistema brinda y a cuyo respecto no es menester abundar aquí.

El respeto al precedente judicial, especialmente tratándose de la Suprema Corte a los propios, podemos fincarlo en nuestro ordenamiento en tres diferentes principios constitucionales: igualdad, prohibición de arbitrariedad y seguridad jurídica, que se hallan en este ámbito medularmente interrelacionados. El primero, que sin problema puede ser la única base del *stare decisis*, impone que los tribunales deben dar un trato equitativo a los justiciables y se traduce en una “igualdad en la aplicación de la ley” que proscribe variaciones de criterio judicial en asuntos esencialmente similares;⁴³⁶ obviamente, este trato equitativo lleva a considerar que los tribunales sólo pueden variar su criterio asentado habiendo razones suficientes para ello, teniendo la opinión establecida una presunción de corrección a su

⁴³⁴ Álvarez Montero, José Lorenzo, *150 años de legislación de amparo (1847-1997)*, Xalapa, Instituto Mexicano del Amparo, 1997, pp. 155 y ss.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 230.

⁴³⁶ “IGUALDAD...”, *cit.*, nota 164; López Medina, *op. cit.*, nota 114, p. 118; y Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CONAPRED, 2005, pp. 70-77.

favor.⁴³⁷ La seguridad jurídica exige por un lado precisión en el contenido del derecho que impida la posibilidad de que tenga un contenido variable y, por el otro y dada la misma razón, alguna estabilidad en el ordenamiento que permita a las persona a las cuales se dirigen sus mandatos, un conocimiento cierto del mismo que haga posible la conformidad de su conducta a ellos;⁴³⁸ es evidente que no sería factible alcanzar lo anterior si los tribunales pudieran variar sus criterios caprichosamente.

En tanto se requiera determinar precisa y consistentemente las relaciones y los alcances de las normas constitucionales para lograr la “unidad” constitucional y con ello “fijar el derecho público” en la locución de Vallarta, será indispensable que en un alto grado —aunque no absoluto— de inmutabilidad en la interpretación de la ley fundamental y por tal razón el *stare decisis* es una regla esencial para el juicio constitucional.⁴³⁹

3. *Autonomía y supremacía constitucionales*

Como corresponde, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que la interpretación de la Constitución no debe guiarse por lo establecido por el legislador ordinario, en razón de que admitir esa posibilidad resulta en que puede “ampliar o reducir su esfera constitucional [de atribuciones]” o incluso la de otros poderes o entidades políticas, además de generar incertidumbre en los gobernados; pero no deja de aceptar que la referencia a la legislación ordinaria puede servir para corroborar una determinada interpretación de las disposiciones de la ley fundamental.⁴⁴⁰ Pero en realidad esta directiva no es exclusiva de la materia constitucional, pues responde al principio de jerarquía normativa que “es el [...] esencial del sistema de fuentes del Derecho”, de modo que “no puede atenderse al contenido de normas de jerarquía inferior”, a menos que la norma determinante lo indique expresamente —y ello con las observaciones que más adelante haremos respecto del “contenido esencial” de la misma—. ⁴⁴¹

Los casos en que se involucran disposiciones de la Ley General de Salud son paradigmáticos de una interpretación orientada por este principio. No es extraño que la Corte valide un determinado sentido al artículo 4o. constitucional con base en lo dispuesto por esa ley, como sucedió cuando otorgó su amparo contra la negación de medicamentos para el tratamiento de pacientes con VIH⁴⁴² y, más notablemente, al corroborar la protección constitucional del derecho del *nasciturus* a la vida—también refiriéndose a tratados internacionales y a las disposiciones del Código Civil—. ⁴⁴³ Pero nótese que ese apoyo lo

⁴³⁷ Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 334 y ss.

⁴³⁸ *Supra*, nota 234.

⁴³⁹ Como dato adicional puede señalarse que, aunque en muy contadas ocasiones, la Suprema Corte ha apoyado en la jurisprudencia de Tribunales Colegiados: Pleno, amparo en revisión 1334/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. X, noviembre de 1999, con. IX, pp. 489 y ss; y amparo en revisión 123/2002, *cit.*, nota 72, con. III, p. 43 (en ambos se invocó “INTERÉS JURÍDICO, NOCIÓN DE. PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995*, t. VI, tesis 856, p. 584).

⁴⁴⁰ “INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. EL ALCANCE DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE BASARSE, ESENCIALMENTE, EN LO DISPUESTO EN ÉSTA Y NO EN LAS DISPOSICIONES GENERALES EMANADAS DE ELLA”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis P. LVII/2006, p. 13.

⁴⁴¹ Cfr. acción de inconstitucionalidad 37/2005, *cit.*, 21 de abril de 2006, con. V, apartado B, p. 84.

⁴⁴² Pleno, amparo en revisión 2231/97, 25 de octubre de 1999, con. VI, pp. 58-59.

⁴⁴³ Acción de inconstitucionalidad 10/2000, *cit.*, nota 32, con. V, pp. 103-109.

encontró *no habiéndose impugnado la constitucionalidad de la legislación ordinaria*, pues en tal hipótesis resulta evidente que no habría podido fundar la licitud de la ley en ella misma, sin incurrir en una petición de principio y exceder los límites de su actuación, pues en tal situación existe un menoscabo a la presunción de constitucionalidad de que goza normalmente la ley ordinaria;⁴⁴⁴ así aconteció cuando ese tribunal constitucional declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones de la mencionada ley general, que prohibían el trasplante de órganos entre personas vivas que no tuvieran alguna relación de parentesco, matrimonio o concubinato.⁴⁴⁵

Es realmente problemático, como ya tuvimos oportunidad de exponer, los casos en que el mismo Constituyente delega en la legislación ordinaria la regulación concreta de algún derecho u objetivo que pretende alcanzar. En asuntos de esta índole, las conclusiones de la Corte no siempre han sido atinadas ya que, dada esa autorización, ha considerado que al legislador le es permitido establecer las disposiciones que estime más pertinentes, aun con perjuicio de la máxima eficacia y del “contenido esencial” de los principios constitucionales en juego —sobre todo iusfundamentales— y a riesgo de la “desconstitucionalización del ordenamiento”.⁴⁴⁶

Por evidente y sencilla que parezca a primera vista la aplicación de este principio interpretativo, en la actualidad su empleo se complica por la incidencia en nuestro ordenamiento de los *tratados internacionales sobre derechos humanos*. La Suprema Corte ha sostenido que a través de esos instrumentos, el Estado mexicano “contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que *no pueden ser desconocidas* invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”,⁴⁴⁷ motivo que fue determinante para que diera a los tratados internacionales un rango superior al de las leyes ordinarias.⁴⁴⁸ Esta situación a nuestro ver plantea —tácitamente, si se quiere— un *ámbito de excepción* a la autonomía y supremacía interpretativa de las disposiciones relativas a derechos fundamentales —que además, como vimos, la Corte estableció claramente sólo respecto de la legislación ordinaria— e impone la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y la dependencia de la interpretación constitucional a lo dispuesto en esos tratados y a la práctica jurisdiccional derivada de ellos, claro que con orientación del principio *pro homine* de fuente primordialmente internacional; de otra manera no podría sortearse la posibilidad de que nuestro país incurra en responsabilidad internacional, por mantenerse una interpretación constitucional aislada de esas fuentes normativas.⁴⁴⁹

4. Atención a las consecuencias sociales y políticas

Es algo difícil encontrar resoluciones judiciales, y en específico de la Suprema Corte, que expresa y claramente se determinen por las consecuencias que producirían, inspirándose de modo primordial en una “ética de la responsabilidad”; aunque en un voto particular algunos integrantes de ese órgano mostraron su preocupación por las repercusiones prácticas de sus decisiones:

⁴⁴⁴ Cfr. Pérez Carrillo, Agustín, “La administración de justicia constitucional”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, p. 111; *supra*, nota 140; y *supra*, cap. cuarto, § IV.1.

⁴⁴⁵ “TRASPLANTE...”, *cit.*, nota 408.

⁴⁴⁶ *Supra*, notas 361 y 362.

⁴⁴⁷ “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE...”, *cit.*, nota 260 (cursivas añadidas).

⁴⁴⁸ *Supra*, nota 250.

⁴⁴⁹ Sobre este tema abundaremos, como es notorio, en *infra*, § IV.5.

Los Ministros de la Suprema Corte somos juristas y también tenemos que ver las cosas y valorarlas desde un punto de vista de lo que es mejor para el bien nacional; estimamos que no *se puede ver exclusivamente el problema constitucional, sino que debe ser visto a través de toda la ambientación de ese problema* para tomar después una decisión y definir lo que es justo o injusto, correcto o incorrecto; y si es correcto, buscarle la fundamentación constitucional y legal.⁴⁵⁰

Algunos casos en los que pueden encontrarse la influencia de los resultados del juicio constitucional, con gran trascendencia política, pueden ser los relativos a: la participación de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, no obstante lo establecido en el artículo 129 constitucional, en el cual la Corte interpretó sistemáticamente con el numeral 89 de la ley fundamental para considerar que dichas instituciones pueden contribuir a remediar “situaciones que no justifiquen el estado de emergencia, pero que ante el peligro de que se agudicen, sea necesario disponer de la fuerza con que cuenta el Estado mexicano sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables”;⁴⁵¹ y la anulación de una ley que impuso a los partidos la obligación de pagar un determinado sueldo a sus representantes ante la autoridad electoral local, porque “tendría como consecuencia que se inhibiera el ejercicio de ese derecho [de participación correlativo], con la consecuente inestabilidad de uno de los elementos más importantes de todo el sistema electoral”.⁴⁵² Tampoco puede olvidarse la influencia que tuvo en la posibilidad de que el Estado mexicano incurriera en responsabilidad internacional, para que diera a los tratados internacionales un rango jerárquico superior al de las leyes ordinarias.⁴⁵³

Otra muestra importante en nuestro concepto es la decisión por la cual nuestro tribunal constitucional determinó los alcances de la garantía de exacta aplicación de las leyes punitivas, diciendo que ese derecho fundamental lleva a que el legislador emita “normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia”.⁴⁵⁴ Como señalamos en la correspondiente sección del capítulo quinto, tal interpretación además de manifestar una preocupación determinante por las consecuencias prácticas de las decisiones constitucionales, satisface el principio de plena fuerza normativa que rige la interpretación constitucional; no obstante que es loable esta opinión de la Suprema Corte, con ella contrasta lo resuelto en la contradicción de tesis 150/2004-PS que ya referimos.⁴⁵⁵

Aunque no sea el único aspecto de este rubro, la percepción social de las resoluciones de la Corte sí sería el más inmediatamente referible y el que propicia más cuestionamientos y retos.

⁴⁵⁰ Pleno, amparo en revisión 2352/97 (voto minoritario de los ministros Sánchez Cordero, Aguinaco Alemán y Góngora Pimentel), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, abril de 2000, pp. 387 y ss (cursivas añadidas).

⁴⁵¹ “EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. SU PARTICIPACIÓN EN AUXILIO DE LAS AUTORIDADES CIVILES ES CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129 DE LA CONSTITUCIÓN)”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 143, p. 121; véanse *supra*, notas 138, 331 y 385. Otro ejemplo esencialmente similar, pero de menor trascendencia, puede ser “SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. EL ARTÍCULO 7o., FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY QUE LO REGULA, AL CONFERIRLE ATRIBUCIONES NO ESTABLECIDAS EXPRESAMENTE EN LA LEY, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis I.4o.A.560 A, p. 2219.

⁴⁵² Acción de inconstitucionalidad 28/2006, *cit.*, nota 413, 1a. sección, con. VIII, pp. 89-90.

⁴⁵³ “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN...”, *cit.*, nota 250; y “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE...”, *cit.*, nota 260.

⁴⁵⁴ “EXACTA APLICACIÓN...”, *cit.*, nota 238. Véase *supra*, cap. quinto, notas 493 y 494.

⁴⁵⁵ *Supra*, nota 362.

En los últimos tiempos es notable —y sumamente plausible— que la Suprema Corte realiza un esfuerzo importante de *apertura a la sociedad*. Una ejemplar muestra de ello fue la divulgación en internet, antes de su discusión, del proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 —el importantísimo caso de la *Ley de Medios*—;⁴⁵⁶ podemos decir que, por la amplia difusión que se le dio y la pública discusión a su alrededor, tal suceso no tiene antecedentes en la praxis de nuestro tribunal constitucional, aunque en esa dirección ya hubieron sugerencias —y conatos prácticos— años atrás.⁴⁵⁷

Esta atención a la sensibilidad social que la Corte está mostrando, tiene también un punto de referencia importante el caso *Atenco*, en el cual determinó ejercer la facultad de investigación que le otorga el artículo 97 constitucional, ampliando sus hipótesis de su procedencia más de lo que ya había hecho, al opinar que

Sin embargo, a pesar de que esas definiciones permitieron a esta Suprema Corte intervenir en asuntos sumamente relevantes, *en este momento histórico han dejado de ser útiles* para resolver los *llamados de la sociedad* de que, como Tribunal Constitucional, este órgano no se limite a investigar hechos y a descubrir responsables, sino también, en ejercicio de este mecanismo no jurisdiccional, defina y dé contenido a derechos humanos fundamentales, a fin de coadyuvar con las restantes instituciones encargadas de la tutela de tales derechos.⁴⁵⁸

Un importante instrumento para que la Suprema Corte tome en cuenta la relevancia social y política de sus resoluciones, es la facultad que le conceden los artículos 41, 45 y 73 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional, para determinar los alcances de sus sentencias y a partir de cuándo surtirán efectos sus declaraciones generales de inconstitucionalidad dictadas en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Esta atribución, incomprensible *primum facie*, denota la calidad política de la labor de la Corte ya que su uso discrecional permite a ese tribunal ponderar las consecuencias prácticas de sus decisiones y evitar perjuicios al interés general, a las instituciones o incluso a importantes principios constitucionales, considerando tanto las circunstancias reales como jurídicas sobre las que hayan de incidir, dado que sus efectos no son retroactivos.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Véase acción de inconstitucionalidad 26/2006, *cit.*, nota 233, 2a. sección, con. II, pp. 30-31; y téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 131, fr. IX, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Es aún más admirable esta postura de la Suprema Corte si tomamos en cuenta que el ministro Aguirre Anguiano, ponente del proyecto a que aludimos, expresó a la revista *Proceso* (12 de marzo de 2000) que “Un juez de Distrito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación no abren a consulta pública sus expedientes. Si alguien adquiere un derecho legítimo y se puede ver afectado directamente en un juicio de amparo, puede intervenir como tercero perjudicado”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Once voces*, México, 2000, pp. 31-32.

⁴⁵⁷ Góngora Pimentel, *op. cit.*, nota 105, p. XXIX.

⁴⁵⁸ Facultad de investigación 3/2006, *cit.*, nota 332, con. III, p. 97.

⁴⁵⁹ *Cfr.* Pleno, controversia constitucional 10/2001, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de mayo de 2003, 2a. sección, p. 42; Pleno, acción de inconstitucionalidad 11/2006 (voto concurrente del ministro Cossío Díaz), *idem*, 10 de agosto de 2006, 1a. sección, pp. 59-60 (refiriendo comparativamente a los sistemas austriaco, griego y alemán); acción de inconstitucionalidad 30/2005, *cit.*, nota 35, 2a. sección, con. XIII, pp. 77-79; y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ QUE SE HAGAN VALER DEBE EFECTUARSE A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL VIGENTES AL MOMENTO DE RESOLVER”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2002)*, t. I, tesis 2, p. 126. Véase también “RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. MODALIDADES EN SUS EFECTOS PARA PRESERVAR EL INTERÉS GENERAL”, Sala Superior (TEPJF), *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3EL 027/2003, p. 909.

A pesar de sus amplísimos términos, precisamente por tratarse de un presupuesto elemental, debe señalarse que el ejercicio de estas atribuciones se halla especialmente sujeto “a todo el sistema constitucional” y en especial al respeto de la libertad de configuración legislativa,⁴⁶⁰ de modo que debe realizarse con “plena responsabilidad”, para que “la [declaración de] invalidez no signifique también una lesión a la Constitución Federal”.⁴⁶¹ Un evidente ejemplo de lo anterior es el caso del *Horario de Verano* en el cual, en atención a que dicha resolución no podía tener consecuencias generales por ser actor el Distrito Federal y demandada la Federación, la Corte decidió que surtiría efectos “a partir de las *dos horas del día treinta de septiembre de dos mil uno*”, a fin de que el Congreso de la Unión tuviera aproximadamente un año para legislar adecuadamente sobre husos horarios, con el objeto de evitar discrepancias horarias en el territorio nacional y en especial para el área metropolitana de la ciudad de México.⁴⁶²

5. Referencia al derecho internacional de los derechos humanos

A. Solidaridad internacional en la Constitución. Argumentos para un principio de “afabilidad iusinternacional” en México

Al dar en el amparo en revisión 1475/98 a los tratados internacionales un rango superior al de la legislación ordinaria y carácter “constitucional” a los relativos a derechos humanos, y especialmente al confirmar esa opinión en el amparo en revisión 120/2002 apuntando a que en virtud del principio *pacta sunt servanda* que establecen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se impone al Estado mexicano la obligación de honrar sus compromisos frente a la comunidad internacional, las cuales no pueden desconocerse invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento haría incurrir a nuestro país en responsabilidad internacional;⁴⁶³ la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece formular incipientemente un principio de afabilidad al derecho internacional en el ordenamiento mexicano.

No es oportuno profundizar aquí en los múltiples aspectos de esta jerarquía normativa y los problemas que suscita, salvo en lo tocante al tema de este epígrafe. Al reconocer el la estrecha situación en la que se encuentra el sistema jurídico mexicano entre el cumplimiento de la normatividad doméstica y las obligaciones internacionales de nuestro país, la Suprema Corte se ha decidido por dar satisfacción a las últimas para impedir su “desconocimiento” y el surgimiento de responsabilidad internacional de nuestro país; ciertamente en los asuntos en que acuñó esos criterios, no se trató la aparente contradicción entre las disposiciones constitucionales y un tratado internacional, por lo que dicho tema aun carece de solución definitiva por esa máxima autoridad judicial. Sin embargo, sí nos parece que las decisiones comentadas marcan una importante pauta sobre este punto, de suma relevancia cuando hablamos de instrumentos sobre derechos humanos, que ayudarían a superar la equivocada idea de que las normas constitucionales deben prevalecer sobre las internacionales, aun cuando éstas amplíen los derechos fundamentales que instituyen aquéllas y que, llevando lo anterior a sus extremos, poder decir que para México existe una *tácita cláusula interpretativa*

⁴⁶⁰ Acción de inconstitucionalidad 47/2006, *loc. cit.*, nota 397.

⁴⁶¹ Pleno, acción de inconstitucionalidad 10/2006 (voto particular del ministro Góngora Pimentel), *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2006, p. 85.

⁴⁶² Controversia constitucional 5/2001, *cit.*, nota 31, 2a. sección, con. X, pp. 67-69.

⁴⁶³ *Supra*, nota 453.

constitucional de referencia al derecho internacional de los derechos humanos, similar a la que expresa el artículo 10.2 de la Constitución española.⁴⁶⁴

La base de la argumentación que sostiene la afirmación anterior es el segundo párrafo del artículo 3o. constitucional que señala como una de las finalidades de la educación que imparta el Estado —y también de la particular, según el inciso a) de la fracción VI del mismo precepto—, el fomentar la “conciencia de la *solidaridad internacional*, en la independencia y la justicia” (cursivas añadidas); tal es, sin posibilidad de error, un “fin educativo” con carácter normativo de nuestro Estado constitucional democrático y plena aptitud para servir de “derecho constitucional material” como principio general que oriente la interpretación del orden fundamental y la sucesiva producción jurídica.⁴⁶⁵ De muy poco serviría adquirir “conciencia” de la unidad de las naciones para la consecución de fines comunes, especialmente si atañen a la humanidad entera, si no se acompañara de conductas propias de los Estados, idóneas y efectivas para realizar tales objetivos; en esto adquiere el incuestionable principio de fuerza normativa de la Constitución, cuya inobservancia en este caso llevaría la disposición a que aludimos a un simple “buen deseo” y no a una regla fundamental de conducta para la sociedad mexicana.

Muy pocos fenómenos pueden congratularse de ser una muestra de “solidaridad internacional”, como el reconocimiento multilateral y consensado a un catálogo de derechos humanos comunes a todos los Estados, concretizado en diversos instrumentos.⁴⁶⁶ La “conciencia de la solidaridad internacional” para la salvaguarda conjunta de la dignidad humana —entrando en escena el valor respectivo previsto en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional—, entonces, lleva consigo implícitamente la obligación de los órganos del Estado mexicano —no sólo los “educativos”, pues se trata de una “profesión de fe” constitucional— de actuar de un modo idóneo para alcanzar ese objetivo, primeramente adecuando sus textos normativos para conformarse a los parámetros de los acuerdos internacionales en esta materia, o bien *interpretar y aplicar* el ordenamiento interno para lograr ese efecto en óptima medida; a esta disposición constitucional bien puede sumarse el “principio normativo” de conducción de la política exterior de “cooperación internacional para el desarrollo” —que indudablemente incluye el respeto a los derechos humanos tenidos como mínimos por la comunidad internacional—, que no obstante ser previsto para el Presidente de la República por la fracción X del artículo 89 constitucional, no vemos obstáculo para que también sea rector de la conducta de los tribunales mexicanos en su ámbito de su competencia. De lo anterior podemos obtener de nuestro texto constitucional un *principio de solidaridad internacional* —para diversos fines generales y específicos: salvaguarda de la “justicia” y la dignidad humana o promoción del desarrollo, como ejemplos expresos—, una de cuyas vertientes sería una cláusula interpretativa de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien la Suprema Corte allanó el camino al derecho internacional para el caso de su oposición al derecho interno ordinario, en el ámbito constitucional nos encontraríamos ante el dilema de elegir entre dar preferencia a lo dispuesto por la ley fundamental con probable responsabilidad internacional de nuestro país y hacer prevalecer lo estipulado en un tratado internacional con perjuicio de la supremacía de la Constitución y su carácter fundante del ordenamiento jurídico, de los que parte la autonomía de sus disposiciones en su interpretación y el principio hermenéutico relativo a ella. Como hemos sostenido con anterioridad, sin

⁴⁶⁴ Cfr. Rodríguez Maldonado, *op. cit.*, nota 261, pp. 345-346.

⁴⁶⁵ *Supra*, cap. segundo, nota 125; y *supra*, nota 217.

⁴⁶⁶ Véase *supra*, cap. tercero, § I.

necesidad de acudir al expediente de un “bloque de constitucionalidad”, en el campo de los derechos humanos no causa problema realizar una interpretación de las garantías constitucionales conforme a los derechos humanos internacionales; siendo aquéllas de *carácter mínimo y susceptibles de evolución*,⁴⁶⁷ su sentido bien puede admitir la expansión de sus alcances para acoplarse a diversos instrumentos internacionales —que no tienen inconveniente en ceder ante disposiciones constitucionales u ordinarias por el principio *pro homine*—, lo cual no sólo avala sino también exige el referido “principio de solidaridad internacional” de la Constitución mexicana y el de plena eficacia de los derechos fundamentales que contiene implícitamente el artículo 1o. de la misma.⁴⁶⁸

Algunos de nuestros tribunales han decididamente buscado orientación en los tratados internacionales sobre derechos humanos en la interpretación constitucional. Ejemplo de ellos son la Suprema Corte quien reforzó su “descubrimiento” del derecho a la vida del no nacido —si es que no lo obtuvo— en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁴⁶⁹ lo mismo puede decirse del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito para quien el contenido del artículo 4o. de la ley fundamental “debe ir más allá de la interpretación literal de la Constitución y realizarse conforme a lo establecido en los diversos tratados internacionales que sobre esta materia ha firmado México”,⁴⁷⁰ y no se queda atrás la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que perfiló la libertad de asociación política bajo condiciones de igualdad y según las “limitaciones previstas en la ley que sean necesarias en una sociedad democrática”, conforme a los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de San José,⁴⁷¹ y el cual también derivó de los mismos instrumentos la *Drittwirkung* señalando que “puede apreciarse cómo desde dichos tratados internacionales se extiende a los grupos o individuos particulares la obligación de respetar los derechos fundamentales, la cual originalmente pesa sobre los Estados parte”.⁴⁷²

Un gran avance mexicano en este rubro es el artículo 6o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, el cual establece que ese cuerpo legal se interpretará de manera “congruente con los instrumentos internacionales [...] las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”. Con claridad meridiana, aun mayor que la del artículo 10.2 constitucional español, tales términos imponen que sobre dicha ley⁴⁷³ recaiga una interpretación “conforme” no sólo a los tratados aplicables en la materia, sino incluso a otra clase de elementos iusinternacionales como: “declaraciones”, recomendaciones

⁴⁶⁷ *Supra*, nota 224.

⁴⁶⁸ *Supra*, nota 335.

⁴⁶⁹ Acción de inconstitucionalidad 10/2000, *cit.*, nota 32, con. V, pp. 104-106.

⁴⁷⁰ Amparo en revisión 799/2003, 21 de abril de 2004, con. VII, p. 90, citado en Mijangos y González, Javier, “Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, p. 419. Este asunto es de suma relevancia para el tema que estamos tratando, puesto que de él provienen los criterios siguientes: “MILITARES. EL RETIRO...”, *cit.*, nota 183; “MILITARES. PARA RESOLVER...”, *cit.*, nota 43; “PRINCIPIOS Y VALORES...”, *cit.*, nota 167; “TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN...”, *cit.*, nota 254; y *supra*, cap. tercero, nota 169.

⁴⁷¹ SUP-JDC-058/2002, 11 de junio de 2002, con. II.

⁴⁷² SUP-JRC-175/2005, 14 de septiembre de 2005, con. II.

⁴⁷³ Y de acuerdo con el principio de igualdad y el carácter “general” de este ordenamiento, la directiva interpretativa de que hablamos no se limitaría a él sino extendería su aplicación a otras leyes que combaten la discriminación en campos específicos: género, discapacidad, etc., y aun a las que tratan sobre otros derechos humanos.

—haciéndolas en alguna medida vinculantes— y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.⁴⁷⁴

B. Vinculación a la jurisprudencia internacional

Corolario de la cláusula interpretativa de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos, derivado del principio de solidaridad internacional, no es sólo interpretar las disposiciones constitucionales de manera adecuada a las estipulaciones de los tratados de la materia, sino hacerlo conforme al “auténtico” alcance del texto de éstas que establecen los tribunales internacionales encargados de su interpretación.⁴⁷⁵ Esta obligatoriedad de la jurisprudencia internacional —como veremos general y no sólo a la de la Corte Interamericana—, deplorablemente, no alcanza a ser percibida por todos los tribunales mexicanos —ya veremos que la Suprema Corte apenas la vislumbra—, por lo que creemos que no únicamente es conveniente sino indispensable exponer la argumentación fundamental en que puede basarse esta vinculación a la jurisprudencia internacional y su prevalencia sobre la mexicana incluyendo a la del mismísimo tribunal constitucional mexicano.⁴⁷⁶

Retomando la idea inicial de este epígrafe, si para interpretar la Constitución de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, se requiere previamente interpretar el alcance de éstos, no queda más que acudir a la interpretación *auténtica* de los mismos proveída por la jurisprudencia internacional; todo ello alentado por el “principio de solidaridad internacional” que señalamos en la sección anterior. Ello resulta de la “regla de interpretación” que contiene la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual ha sido plenamente habilitada por la Suprema Corte para desentrañar el sentido de los instrumentos internacionales por su arreglo al artículo 14 constitucional.⁴⁷⁷

En particular, el artículo 31.3 de la mencionada convención señala como auxiliares en la interpretación de los tratados internacionales —además de su texto y contexto— los “acuerdos sobre su interpretación” y las “prácticas” seguidas en su aplicación, entre la que se incluye la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que bien podría verse cuando menos como una especie de “costumbre internacional” que entraría “automáticamente” a nuestro ordenamiento, avalada por las disposiciones de los tratados y declaraciones que sometan al

⁴⁷⁴ Abundando sobre la modernidad hermenéutica de la ley que comentamos, véase a Carbonell, Miguel, “La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. 244, 2005, pp. 335-337.

⁴⁷⁵ *Cfr.* Mijangos y González, *op. cit.*, nota 470, p. 412; y controversia constitucional 33/2002, *loc. cit.*, nota 22. Véase “COMERCIO EXTERIOR. CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ESTÁ FACULTADO PARA MODIFICAR LAS CUOTAS ARANCELARIAS PREFERENCIALES PACTADAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE, MÁXIME CUANDO LO HACE CON MOTIVO DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 1a. CLXXXVIII/2007, p. 374.

⁴⁷⁶ Como preludio de la siguiente exposición téngase por sentado lo expuesto *supra*, cap. tercero, §§ V y VI.2.

⁴⁷⁷ “TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 14 DE FEBRERO DE 1975)”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, diciembre de 2002, tesis 2a. CLXXI/2002, p. 292. Véase “DOBLE TRIBUTACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS COMENTARIOS DEL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, ELABORADO POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)”, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XVIII, septiembre de 2003, tesis I.9o.A.73 A, p. 1373.

Estado mexicano a su jurisdicción.⁴⁷⁸ Además, de acuerdo con el artículo 38, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las sentencias —y aun la doctrina— son fuentes del derecho internacional y llevan consigo el principio *stare decisis* pues no otra cosa es la referencia a los precedentes jurisdiccionales. No sobra mencionar que ambos instrumentos internacionales forman parte de la “Ley Suprema de la Unión” a que se refiere el artículo 133 constitucional y que en particular el referido estatuto vincula al Estado mexicano porque así lo disponen los artículos 92 a 94 de la Carta de las Naciones Unidas también suscrita por nuestro país.

La admisión de nuestro país a la jurisdicción de tres importantes tribunales internacionales: la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y más recientemente la Corte Penal Internacional,⁴⁷⁹ trae consigo su reconocimiento como “intérpretes auténticos y definitivos” de las cuestiones internacionales a que se extiende su competencia, *a los que el Estado mexicano en su totalidad se encuentra sometido*. Este reconocimiento jurisdiccional puede tenerse como un “acuerdo” de nuestro país respecto de la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos —que son los que ahora nos interesan—, que en obsequio de la “regla de interpretación” de la Convención de Viena debe tenerse en cuenta para establecer el correcto sentido de las estipulaciones contenidas en esos instrumentos que, por la “solidaridad internacional” alentada por la Constitución, han de orientar la aplicación del ordenamiento doméstico constitucional y ordinario. De este modo, la “*chose interprétée*” en sede jurisdiccional internacional, desde un primer punto de vista constitucional, adquiere carácter vinculante para las autoridades mexicanas y, muy particularmente, para los tribunales.

Aún puede apuntalarse la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia internacional con disposiciones domésticas de carácter secundario, lo que afianza más la conclusión a la que antes llegamos. El artículo 11 de la Ley sobre la Celebración de Tratados expresa que

Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales [...] *podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica*, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables” (énfasis añadido).

A pesar de su redacción procesalmente desafortunada,⁴⁸⁰ el precepto transcrito confirma que la jurisprudencia internacional es útil para orientar el criterio de los tribunales nacionales

⁴⁷⁸ Véase “TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *idem*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis I.3o.C.79 K, p. 2725.

⁴⁷⁹ Al primero por lo estipulado en los arts. 35.1 de la Carta de las Naciones Unidas y 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como la declaración de reconocimiento publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de octubre de 1947. A la segunda, conforme a los arts. 62 y 68.1 del Pacto de San José y por la declaración publicada en el mismo *Diario Oficial* el 24 de febrero de 1999 (véase aclaración en *idem*, 25 de febrero de 1999, 1a. sección, pp. 7-8; y CIDH, *Alfonso Martín del Campo Dodd*, excepciones preliminares, 3 de septiembre de 2004, serie C, núm. 113, § 85). A la tercera, por el solo hecho de adherirse México al Estatuto de Roma, según su artículo 12.1, promulgado el 31 de diciembre de 2005 —y cuyo art. 21.2 permite a la Corte aplicar “principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores”—.

⁴⁸⁰ Pocas resoluciones internacionales pueden servir como “prueba” *strictissimo sensu* en un proceso nacional, porque entre ambas instancias tendría que haber una estrecha relación material; pero todas ellas son potenciales elementos de apoyo argumentativo en casos que guarden la misma “situación jurídica”, con un grado diverso de obligatoriedad: plenamente vinculante para sentencias de tribunales internacionales a los que el Estado

—de todos ellos; el legislador no excluye a la Corte—; pero cabe aún precisar algunos puntos de este precepto, importantes para nuestros fines. La clave para la aplicación del precepto citado es, por supuesto, el principio de igualdad; la “misma situación jurídica” a que él se refiere, no puede ser otra que una similitud esencial entre el caso que dirimió la resolución internacional y aquel al cual se pretende transportar su *ratio decidendi*. Por último, la jurisprudencia internacional no es “derecho extranjero”⁴⁸¹ sino internacional —lo que es muy distinto— como establece el Estatuto de la Corte Internacional y, si pertenece a un tribunal al que se halla sometido nuestro país por propia decisión soberana, formará parte de nuestro ordenamiento y el Estado mexicano deberá atenerse a sus criterios.⁴⁸²

Otro problema no menos importante que plantea la aplicación de la jurisprudencia internacional por tribunales mexicanos, es el relativo a su posible conflicto con los criterios vinculantes nacionales y sobre todo si provienen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es posible presentar algunos argumentos para la solución de este problema a favor de la prevalencia de la jurisprudencia internacional, por lo menos en cuanto se refiere a los derechos humanos.

El principio *stare decisis* en México se funda constitucionalmente en el séptimo párrafo del artículo 94 constitucional pero más sólidamente en el principio de igualdad; sin embargo, la vinculación específica de nuestros tribunales a la jurisprudencia de la Suprema Corte y a la de otros tribunales deriva de leyes secundarias (Leyes de Amparo, Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional y Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por decir sólo las principales). La vinculación de los jueces mexicanos a la jurisprudencia internacional —sobre todo la de la Corte Interamericana— proviene también del principio constitucional de igualdad y de una ley secundaria (artículo 11 de la Ley sobre la Celebración de Tratados); pero tiene a su favor otro principio constitucional que inclina la balanza a su pro: el de solidaridad internacional que hemos referido tantas veces

Aunque no precisamente en vista de este principio, pero el cual sin duda puede traerse a colación o tenerse por subyacente a su decisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó dar a los tratados internacionales superioridad en nuestro ordenamiento respecto de las leyes nacionales, con el fin de satisfacer los compromisos del Estado mexicano frente a la comunidad internacional y no desconocerlos para evitar incurrir en responsabilidad internacional.⁴⁸³ Teniendo los tratados internacionales pertinentes a la jurisprudencia de los tribunales encargados de su aplicación —en términos generales la Corte Internacional de Justicia; y *ad hoc*, la Corte Interamericana— como la interpretación auténtica y definitiva de sus estipulaciones, no es difícil imaginar que una interpretación contraria a ella consistiría en un incumplimiento a las normas que derivan de esos instrumentos, del cual sería responsable México si sus tribunales fueran quienes la dieran, aun basada en precedentes del máximo

mexicano esté sometido y meramente persuasivo para resoluciones de tribunales distintos a los mencionados — en un ejercicio de comparación jurídica, en nada reprochable— o laudos arbitrales.

⁴⁸¹ El Código Federal de Procedimientos Civiles, según sus arts. 86 y 86 bis, ni siquiera exige la prueba del derecho extranjero, sino que habilita a los tribunales a servirse del Servicio Exterior para averiguar su “texto, vigencia, sentido y alcance”; de modo que sólo los “hechos” están sujetos a prueba y los “usos y costumbres” en que se funde el derecho. Pero además la jurisprudencia internacional no puede identificarse con estos últimos, puesto que es una institución jurídica que tiene fundamento en el mismo derecho internacional.

⁴⁸² *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México”, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 381-383. Véase “Decreto Promulgatorio de la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de febrero de 1999, 1a. sección, p. 2 (aclaración en *ibidem*, 25 de febrero de 1999, 1a. sección, p. 7).

⁴⁸³ *Supra*, nota 453.

órgano judicial interno. La vinculación de los Estados a la jurisprudencia internacional deriva no sólo de una consideración de unidad del ordenamiento jurídico, sino muy particularmente de los tratados internacionales y otras normas de derecho internacional a que ella se refiere, que forman parte de la “Ley Suprema” a que se refiere el artículo 133 constitucional, con una prevalencia sobre el derecho nacional —a excepción de la Constitución, con la que el derecho internacional de los derechos humanos sencillamente no puede pugnar, en virtud del principio *pro homine* y el carácter mínimo reconocido a nuestros derechos fundamentales—, entre el que figuran las disposiciones legales que vinculan a los tribunales mexicanos a la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores nacionales; además, en el peor de los casos, la jurisprudencia internacional posee igual grado vinculante a la nacional por lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

Si bien es cierto que según el principio constitucional de igualdad los tribunales deben aplicar el derecho y en particular los derechos fundamentales, de un modo consistente con sus propios precedentes y los de órganos judiciales de mayor jerarquía, e incluso están obligados a seguir a éstos “en los términos que fije la ley” —según el artículo 94 constitucional—; no lo es menos que la misma Constitución también les impone ser solidarios con la comunidad internacional y cooperar con ella en el desarrollo, aspectos íntimamente relacionados con los derechos humanos. El debido cumplimiento al derecho internacional de los derechos humanos por el Estado mexicano, conforme lo ha interpretado la jurisprudencia internacional, que de no realizarse haría incurrir a nuestro país en responsabilidad ante la comunidad internacional, hace indispensable —de acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte— que para su aplicación a un caso particular se prefieran las normas internacionales entre las que resalta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, avalada por los tratados relativos superiores a la ley nacional, a las domésticas; de ahí que pueda concluirse la superioridad, en caso de conflicto, de la interpretación de los tribunales internacionales respecto de la proporcionada por los internos, aun cuando se trate de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por eso no queda más que compartir la prudente advertencia de Becerra Ramírez: “no nada más los jueces federales y locales, sino también los practicantes, deberán de tener mucho cuidado en *conocer el derecho internacional y las resoluciones en el ámbito internacional* donde el Estado sea parte.”⁴⁸⁴

Pensamos que las anteriores consideraciones son suficientes para fundar la aplicabilidad, natural y vinculante, de la jurisprudencia internacional y sobre todo interamericana a los asuntos que resuelven los tribunales nacionales mexicanos; ello además es acorde con el perfil humanitarista que México ha tenido en foros internacionales y que alienta nuestra misma Constitución.⁴⁸⁵ Pero no puede lamentarse lo suficiente la ausencia de una declaración legislativa que dé claridad en este aspecto, aunque ya existen algunos avances en nuestro ordenamiento nacional —artículo 2o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del

⁴⁸⁴ “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (amparo en revisión 1475/98)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, p. 177 (cursivas añadidas). Véase “JURISPRUDENCIA. LA OBLIGATORIEDAD CONSTITUCIONAL DE LA SUSTENTADA POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EXIGE DE LOS JUZGADORES ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO PERMANENTES DE LOS MEDIOS INFORMATIVOS QUE LA DIFUNDEN”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, agosto de 2000, tesis 2a. CV/2000, p. 364.

⁴⁸⁵ Al haberse integrado nuestro país a la reciente Comisión de Derechos Humanos de la ONU que sustituye al Comité del ramo, el compromiso en este campo se redobla. Véase Torre, Wilbert, “México vigilará derechos humanos... desde la ONU”, *El Universal*, México, 10 de mayo de 2006, Nación, p. 25, <http://www.eluniversal.com.mx>

Estado— para tender “puentes” con el derecho internacional de los derechos humanos, aunque “solamente” relativos al cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana y de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aceptadas por el Estado mexicano, mediante el pago de indemnizaciones.⁴⁸⁶

C. *La jurisprudencia interamericana y los tribunales mexicanos*

Son muy pocas las ejecutorias de la Corte en las que siquiera se alude a la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del sistema de protección regional a que pertenece nuestro país, y es admirable que el número de ellas se haya incrementado en recientes años; a continuación apuntaremos sus características más importantes a nuestro tema actual, de forma sinóptica.

Al resolver sobre la constitucionalidad de la declaración interpretativa del Estado mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, uno de los casos a los que la misma Suprema Corte ha dado extensa publicidad, aunque se le expuso el argumento de que dicha salvedad contrariaba a la jurisprudencia que sentó la Corte Interamericana en el caso *Blake*, nuestro tribunal constitucional no analizó dicho argumento pues, en realidad, su opinión fue coincidente con lo resuelto por esa sede internacional al concluir que ese delito es de carácter permanente —con apoyo en la dogmática penal, especialmente mexicana— y su consumación no se da sino hasta que aparece viva o muerta la víctima, lo que puede acontecer durante la vigencia de la Convención no obstante haberse iniciado el *iter criminis* con anterioridad ella, por lo que el sentido de dicha declaración interpretativa es que únicamente será retroactiva la aplicación de las normas relativas, si se refieren a hechos consumados antes del inicio de vigencia de esa convención en el ordenamiento mexicano.⁴⁸⁷ En el asunto que tratamos, la Suprema Corte ni siquiera se ocupó de analizar aquella jurisprudencia internacional, salvo sólo para considerar su inclusión en los argumentos del órgano de poder actor; puede decirse que por otros caminos arribó a la misma conclusión que la Corte de San José, pero sin tomar en cuenta de algún modo el criterio de ese tribunal, no descartando que en cierta medida haya influido en su apreciación pero sin que el texto de esa sentencia dé luz al respecto.

En otros asuntos, la Suprema Corte también ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero con la intención de buscar apoyo a las opiniones que previamente externó y como una orientación de su criterio. En este grupo podemos incluir su sentencia por la que resolvió la inconstitucionalidad de censura previa a mensajes políticos por el Consejo General del Instituto Electoral del Estado de Zacatecas, en la que luego de exponer el rango constitucional de la prohibición relativa, abundó refiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y su claridad sobre el tema—, así como a lo expresado por la Corte Interamericana en la opinión consultiva *OC-5/85* y el caso *La Última Tentación de Cristo*.⁴⁸⁸ Para corroborar su conclusión de que “la libertad personal es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en determinados supuestos regulados constitucionalmente”, la Suprema Corte acudió a la jurisprudencia interamericana del caso *Gangaram Panday*.⁴⁸⁹ Y, finalmente, en relación con la plena efectividad del derecho de

⁴⁸⁶ Véase García Ramírez, Sergio, y Mauricio Iván del Toro Huerta, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 182-184.

⁴⁸⁷ Controversia constitucional 33/2002, *cit.*, nota 22, con. VIII.

⁴⁸⁸ Acción de inconstitucionalidad 45/2006, *cit.*, nota 174, 1a. sección, con. VII, p. 104.

⁴⁸⁹ Contradicción de tesis 105/2006-PS, *cit.*, nota 225, con. V, § I.

defensa y el nombramiento inmediato de defensor de oficio en ausencia del designado por el inculcado, la Suprema Corte opinó que el nombramiento de aquél para su inmediata comparecencia ante la autoridad violaba ese derecho fundamental, al impedir al abogado oficioso tomar adecuado y suficiente conocimiento del asunto y desplegar su actividad como es debido, respaldando su consideración en los casos *Hilaire, Constantine y Benjamín y Fermín Ramírez*, así como en la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.⁴⁹⁰

Un punto de referencia importante para este tema es el relativo a la aceptación de la Suprema Corte a la permisión constitucional para la postulación de candidaturas independientes, por el carácter político de éstas y no referirse a derechos humanos “evidentes” como los de defensa penal, y su importancia en el sistema democrático mexicano. Refiriendo la Observación General 25 del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a nuestro país, además de diversas estipulaciones de los Pactos de Nueva York y de San José, la Corte expresó que

la tendencia de los organismos e instrumentos internacionales mencionados es la aceptación de candidaturas independientes, para aspirar a un puesto de elección popular, pues *de otra forma se haría nugatori[a] la garantía constitucional que tienen los ciudadanos para ser votados*, en condiciones de libertad, certeza y seguridad.⁴⁹¹

“De esta forma”, como indicó nuestro tribunal constitucional, esos documentos internacionales determinaron la rectificación de la Suprema Corte a su opinión anterior de rechazo a dichas candidaturas⁴⁹² y a tener una percepción del artículo 41 constitucional que optimiza el derecho de voto pasivo y fortalece el pluralismo democrático al dar cabida a posiciones política diferentes a las ortodoxias partidistas, pero que aún mantiene un amplio sector de ese tribunal.⁴⁹³

Basándose ya en la jurisprudencia interamericana para algo más que una simple confirmación, en el ya referido caso de las medidas de apremio para el desahogo de pruebas genéticas de paternidad, la Corte mexicana comenzó a dar contenido —aunque sólo para establecer un marco general— a las cláusulas amplias del artículo 4o. de la Constitución, refiriendo para la delimitación del concepto de “interés superior del menor”⁴⁹⁴ a la opinión consultiva *OC-17/2002* y al caso *Villagrán Morales* para la comprensión en el derecho fundamental a la vida de las condiciones necesarias para una existencia digna, buscando incluir “satisfactores básicos” para el desarrollo integral de los menores.⁴⁹⁵ Más tarde, con clara intención de no vulnerar los estándares establecidos por la Corte Interamericana en el caso *Suárez Rosero* sobre la “razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad” de toda medida de privación de la libertad personal, y esto es lo que hace consistir esta resolución en el *punto culminante* de esta línea jurisprudencial, la Primera Sala de la Corte llegó a la conclusión de

⁴⁹⁰ Contradicción de tesis 160/2006-PS, *cit.*, nota 359, con. V, § IIb.

⁴⁹¹ Acción de inconstitucionalidad 28/2006, *cit.*, nota 413, 1a. sección, con. IX, p. 93 (cursivas añadidas).

⁴⁹² *Supra*, cap. sexto, notas 267 y 268.

⁴⁹³ Acción de inconstitucionalidad 28/2006 (voto de minoría de los ministros Aguirre Anguiano, Díaz Romero, Gudiño Pelayo, Valls Hernández y Azuela Güitrón), *cit.*, nota 413, 1a. sección, pp. 112 y ss.

⁴⁹⁴ Véase “GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, *idem*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, tesis II.3o.C. J/4, p. 1206.

⁴⁹⁵ Contradicción de tesis 154/2005-PS, *loc. cit.*, nota 339.

que no puede negarse a los sentenciados, “por el solo hecho de que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio”, el beneficio de la sustitución de pena.⁴⁹⁶

Podemos apreciar, por lo expuesto, una creciente tendencia de la Suprema Corte⁴⁹⁷ a la referencia a la jurisprudencia internacional y sobre todo a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, es preciso establecer que la consideración a la jurisprudencia internacional en general y a la del tribunal interamericano en especial, no resulta de un ejercicio de simple “comparación jurídica” en virtud del cual se refieren esas sentencias internacionales por su mayor o menor persuasividad o como “adorno”, sino a su carácter *vinculante* que la Corte mexicana ya alcanzó a reconocer en la contradicción de tesis 147/2006-PS.

Otros tribunales federales también han acudido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el apoyo de sus resoluciones. Así tenemos que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito en el amparo directo 402/2004, no sólo declaró la inconstitucionalidad de una norma legal por contrariar un tratado internacional sino llegó a indicar que “*la jurisprudencia de la Corte Interamericana [—el caso Castillo Petruzzi—] resulta de aplicación preferente sobre los criterios de la Suprema Corte mexicana si aquélla amplía la esfera de protección de los gobernados*” y tal es su principal cualidad.⁴⁹⁸

Pero es la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación quien más frecuentemente atiende a las resoluciones de la Corte Interamericana. Dicho órgano encontró apoyo en esta jurisprudencia internacional para confirmar la prohibición de censura previa —como la Suprema Corte— se apoyó en el caso *La Última Tentación de Cristo* para delimitar su contenido y establecer su “vínculo estrecho” con la libertad de información, advirtiendo sus dimensiones individual y social;⁴⁹⁹ igualmente sobre los límites de este derecho fundamental, pero mereciendo mención aparte por tratarse de los polémicos *spots* televisivos de la campaña presidencial de 2006 (caso *Ricardo Canese*),⁵⁰⁰ para establecer la “directriz internacional” en torno al derecho de acceso a la información, sus alcances y sus excepciones;⁵⁰¹ y apuntó diversos casos de ese tribunal internacional para fincar la

⁴⁹⁶ Contradicción de tesis 147/2006-PS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, con. V, § VI, pp. 754 y ss.

⁴⁹⁷ Notablemente su Primera Sala, lo que a nuestro parecer se explica por que ésta tiene a su cargo asuntos estrechamente relacionados con la dignidad humana y los derechos humanos de mayor relieve, como las materias familiar y penal.

⁴⁹⁸ Mijangos y González, *op. cit.*, nota 470, p. 422. De este asunto derivó el criterio “TRATADOS INTERNACIONALES. LA NORMA PROGRAMÁTICA PREVISTA EN LA FRACCIÓN III, INCISO B) DEL ARTÍCULO 128 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 8.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, mayo de 2005, tesis II.1o.P.137 P, p. 1586

⁴⁹⁹ *Supra*, nota 472. Dicha jurisprudencia interamericana, para los mismos efectos, también se aplicó en el expediente SUP-JDC-393/2005, 24 de agosto de 2005, con. II, § III. Respecto de las expresiones cáusticas dirigidas a funcionarios públicos que, bajo el estándar internacional de que éstos “deben enfrentar un nivel de crítica y escrutinio público más intenso que el resto de los ciudadanos” (casos *Ricardo Canese* de la Corte Interamericana y *Lingens* de su homólogo europeo) pero sin tener que someterse a “expresiones inapropiadas”, es curioso el que podríamos llamar “caso *Manolín y Schilinsky*”: SUP-JRC-28/2007, 4 de mayo de 2007, con. V.

⁵⁰⁰ SUP-RAP-31/2006, 23 de mayo de 2006, con. III, § A; SUP-RAP-34/2006 y acum. (voto particular del magistrado Orozco Henríquez), 23 de mayo de 2006; y SUP-RAP-49/2006, 22 de junio de 2006, con. II, § A. Nótese que el referido magistrado fue el autor de la opinión que reseñamos la cual, por haber imperado a lo último, nos parece la que definitivamente sostuvo el Tribunal Electoral.

⁵⁰¹ SUP-JDC-10/2007 y acum., 25 de abril de 2007, con. V, § II.A (refiriendo a los casos *Palamara Iribarne*, *Ricardo Canese* y *Herrera Ulloa* —y su aplicación del principio de proporcionalidad *lato sensu*—).

constitucionalidad de acciones afirmativas en beneficio de sujetos en desigualdad de hecho — en ese caso, indígenas—, como derivadas de su obligación de adoptar “medidas necesarias” para el libre ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales y evitar que sean “meras declaraciones retóricas carentes de virtualidad”, que en la especie se tradujo en que dicho órgano electoral admitió su facultad de suplir la deficiencia de la demanda y corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda, para hacer plenamente eficaz el derecho de acceso a la justicia de los actores.⁵⁰²

Aunque es de señalarse no es consistente el seguimiento del Tribunal Electoral al derecho internacional, puesto que desechó considerarlo para declarar la nulidad de la declaración de inelegibilidad de una persona al cargo de regidor municipal, confirmando la validez de ese acto, a pesar de que el proyecto original no sólo tuvo en cuenta lo resuelto por la Corte Interamericana (caso *Yatama* y *OC-4/84*) sino también invocó al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Gitonas* y *Podkolzina*) de la Corte Internacional de Justicia sobre el principio de nacionalidad efectiva (caso *Notteböhm*), para resolver a favor de la pretensión del actor.⁵⁰³

Como último comentario, en realidad es determinante para la protección de los derechos humanos, más que leyes “adecuadas” que las autoridades tengan la *sensibilidad*, la *actitud* y la *voluntad favorables* a ella, las cuales no son innatas —y menos luego de años de recelos y posiciones formalistas— sino sólo debidas al conocimiento de las instituciones de esa parcela jurídica.⁵⁰⁴ En lograr esto tendrá un importante papel el convenio celebrado entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la ONU, que permitirá a aquélla apoyarse en la asesoría de la última acerca de cuestiones relativas a los compromisos internacionales de nuestro país en la materia y, más importante aún, dar capacitación adecuada a los jueces federales sobre la misma.⁵⁰⁵

6. Comparación jurídica

A pesar de lo que generalmente se piensa, la comparación jurídica es una técnica de importante tradición en el medio mexicano y tienen base en ella notables y aun célebres páginas de nuestra jurisprudencia y doctrina. Sin temor a equivocarnos podemos decir que el primer comparatista mexicano fue nada menos que don Ignacio Vallarta, cuyo famoso ensayo sobre el juicio de amparo y el *writ of habeas corpus* es una gran muestra de ello; el jurista jalisciense no sólo mantuvo ese espíritu abierto en su labor académica, también sus resoluciones como ministro de la Suprema Corte hacen alarde de su amplia cultura jurídica y su gran conocimiento del derecho constitucional norteamericano; incluso sin tapujos declaró la iluminación que encontró en este último para resolver los asuntos a su cargo:

Sin doctrinas, sin precedentes, sin ejecutorias entre nosotros, estas graves cuestiones tienen á la vez una novedad completa y una importancia indisputable. Delicada y difícil como su resolución es, no he querido fiarme de mis propios razonamientos sino que he ocurrido a las fuentes de nuestro

⁵⁰² SUP-JDC-11/2007, 6 de junio de 2007, con. II. Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal Electoral se basó en el Convenio 169 de la OIT y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

⁵⁰³ Véase SUP-JDC-488/2007 (voto particular de los magistrados Luna Ramos y Nava Gomar), 23 de mayo de 2007, con. III, §§ B y C.

⁵⁰⁴ *Cfr.* García Ramírez y Toro Huerta, *op. cit.*, nota 486, pp. 209 y 211.

⁵⁰⁵ Avilés, Carlos, “Asesorará a la Corte en proyectos de sentencias”, *El Universal*, México, 6 de junio de 2005, Nación, p. 16, <http://www.eluniversal.com.mx>.

Derecho constitucional, á la jurisprudencia americana, en busca de doctrinas que ilustren mi opinión, en solicitud de fundamentos para el voto que voy á dar.⁵⁰⁶

Desde luego, es insostenible que el derecho de naciones extranjeras o sistemas jurídicos extraños —como el bagaje jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de suma importancia *mundial* y con innegable influencia sobre la Corte Interamericana— sea por sí mismo vinculante para los tribunales mexicanos, que obviamente se encuentran obligados a resolver conforme a normas jurídicas que integren nuestro ordenamiento fundado en la Constitución; pero no puede negársele su carácter auxiliar para “una mayor comprensión del derecho nacional”.⁵⁰⁷ Aun en temprana época de nuestra jurisprudencia moderna, carentes de los medios de comunicación actuales y consecuentemente con mayores posibilidades de asentarse en un ostracismo nacionalista, la Suprema Corte afirmó que “[l]a aplicación de una doctrina extranjera para resolver un caso, no es violatoria de garantías si la sentencia se funda en leyes nacionales expresamente aplicables al mismo”,⁵⁰⁸ ya que una clausura de la discusión de las “ideas científicas o sociales” tendría un resultado “monstruoso”;⁵⁰⁹ y por otra parte, también podemos contar en nuestra jurisprudencia con ejercicios comparatistas, no referidos al derecho extranjero sino al nacional, realizado entre ordenamientos de diversas entidades mexicanas.⁵¹⁰

En la interpretación constitucional, generalmente la Suprema Corte omite hacer referencia expresa a la doctrina de otros tribunales constitucionales o de la dogmática extranjera en la que inspira sus resoluciones. No obstante, sí pueden establecerse con alguna claridad en algunos casos, la influencia de otras jurisdicciones en la nuestra, como fue el caso de la “tesis cultural” haeberliana.⁵¹¹

Por su gran relevancia, el primero de los casos a que nos referimos es la adopción de la doctrina del “mínimo vital”, que la Primera Sala de la Corte hizo derivar de una interpretación sistemática de diversos enunciados constitucionales.⁵¹² No sólo por su nomenclatura, sino por el contenido que la Suprema Corte le ha dado a este auténtico derecho fundamental, es indudable la procedencia hispánica de este concepto, que por consiguiente puede remontarse al *Existenzminimum* alemán.⁵¹³ A semejanza del tribunal de Karlsruhe, el de Pino Suárez reservó una esfera intangible al legislador en su potestad tributaria, impidiéndole gravar el “umbral mínimo” para una “vida digna” de los contribuyentes, en un “contexto real”, situando por tanto la capacidad contributiva más allá de sus márgenes; esto no parece una afortunada coincidencia aunque la protección constitucional contra impuestos “ruinosos” la ha sostenido

⁵⁰⁶ *Op. cit.*, nota 129, t. II, p. 27 (se respetó la ortografía original).

⁵⁰⁷ “DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTÁN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN EL”, Tribunal Colegiado del Vigésimosegundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. V, enero de 1997, tesis XXII.16 K, p. 456.

⁵⁰⁸ “DOCTRINA EXTRANJERA, APLICACIÓN DE LA”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXI, p. 3543.

⁵⁰⁹ “DOCTRINA JURÍDICA ITALIANA, APLICACIÓN DE LA”, Tercera Sala, *idem*, 5a. época, t. LII, p. 2409.

⁵¹⁰ “COMISIÓN MERCANTIL, LEGISLACIÓN COMPARADA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE, EN EL DERECHO MEXICANO”, Tercera Sala, *idem*, 5a. época, t. CII, p. 2214; “NULIDAD DE ACTUACIONES ANTE JUEZ INCOMPETENTE”, Sala Auxiliar, *idem*, 5a. época, t. CXVIII, p. 818; y “ORDEN DE PRESENTACIÓN EMITIDA CONFORME A LA LEY PARA EL TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS MENORES INFRACTORES DEL ESTADO DE YUCATÁN. PARA SER LEGAL, DEBE CUMPLIR CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL”, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXI, febrero de 2005, tesis XIV.2o.103 P, p. 1734.

⁵¹¹ *Supra*, notas 216 y 217.

⁵¹² *Supra*, nota 219.

⁵¹³ *Supra*, cap. quinto, notas 313 y 316.

la Corte desde muchas décadas atrás, pero sólo hasta el criterio a que nos referimos se expresó en una terminología que sigue la línea de dos de las más importantes jurisdicciones constitucionales del orbe.⁵¹⁴

Pero el ámbito constitucional en el que se ha dado con mayor frecuencia un ejercicio de comparación jurídica influyente en las decisiones de la Suprema Corte, es el relativo a la aplicación del principio de igualdad. Transcribiendo —pero tan deficientemente que oscureció su sentido— la opinión del Tribunal Constitucional español⁵¹⁵ que a su vez pudo tomarse del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁵¹⁶ la Corte acuñó uno de sus primeros criterios relativos al principio de proporcionalidad y a su necesaria utilización en el examen de medidas legislativas tildadas de discriminatorias, imponiendo la realización de un “juicio de equilibrio en sede constitucional”.⁵¹⁷ Con visible ascendiente de la doctrina norteamericana que establece un “*heightened equal protection scrutiny*”,⁵¹⁸ nuestro tribunal constitucional afirmó un “escrutinio estricto” con parámetros más elevados a satisfacer, de aquellas medidas legislativas que afectan alguna de las prohibiciones expresas de discriminación que establece la Constitución y que se refieren más directamente a la dignidad humana.⁵¹⁹

En últimos tiempos, la Suprema Corte ya refiere expresamente, si no la influencia que sobre ella ejerce, sí la consideración al derecho comparado; que permite un mejor seguimiento y análisis —obviamente que en beneficio del principio de transparencia— de sus resoluciones. Un ejemplo fue la consideración a la jurisprudencia norteamericana sobre el *line item veto*, al discutirse si el Presidente tenía facultad constitucional de “vetar” el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación aprobado por la Cámara de Diputados,⁵²⁰ al igual que los casos recientes en los que la Primera Sala expresamente señaló su apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional Federal alemán.⁵²¹

Sobre el tema que ahora nos ocupa, pero también relacionándose al seguimiento de la jurisprudencia de tribunales internacionales de derechos humanos, es relevante uno de los pasajes del voto particular del ministro Góngora Pimentel en el caso *Ley de Medios*:

...desde mi punto de vista no es posible que al día de hoy la jurisprudencia tanto de Cortes internacionales o regionales como de otros países del mundo libre nos siga siendo ajena o aparezca apenas como un pequeño atolón en nuestras resoluciones. Además de que algunas jurisdicciones

⁵¹⁴ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVIII/2007, p. 792; y “SALARIO MÍNIMO. EL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE CONSTRIÑE AL LEGISLADOR ORDINARIO A NO GRAVAR LOS INGRESOS DE LOS TRABAJADORES QUE SOLAMENTE OBTIENEN ESE SALARIO”, Segunda Sala, *idem*, 9a. época, t. XXVI, septiembre de 2007, tesis 2a./J. 172/2007, p. 553. Véase “IMPUESTOS, VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 1917-2000*, t. I, tesis 258, p. 305.

⁵¹⁵ STC 76/1990, F.J. 9, inc. A). Véase también STC 22/1981, F.J. 3.

⁵¹⁶ *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*, núms. 1474/62 *et al.*, fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § B.10. Que por basarse en la “práctica judicial” de diversos Estados democráticos, también pudo seguir a la jurisprudencia alemana (BVerfGE 1, 14 [52]) o norteamericana (véase *Nordlinger v. Hahn*, 505 U.S. 1, § II [1992]).

⁵¹⁷ *Supra*, nota 403.

⁵¹⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁵¹⁹ “IGUALDAD. CASOS EN...”, *cit.*, nota 223.

⁵²⁰ *Cfr.* controversia constitucional 109/2004 (voto particular del ministro Góngora Pimentel), nota 32, 3a. sección, pp. 69-70. Véase *supra*, cap. cuarto, nota 209.

⁵²¹ Contradicción de tesis 105/2006-PS, *cit.*, nota 225, con. V, § I. (caso *Baranowski v. Poland*); y contradicción de tesis 160/2006-PS, *cit.*, nota 359, con. V, § IIb (casos *Kamasinski v. Austria*, *Stanford v. United Kingdom* y *Tripoid v. Italy*; y BVerfGE 9, 89 [95]).

han sido aceptadas por el Estado Mexicano y, en ese sentido, nos obligan, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunado a que la esencia de los derechos fundamentales es universal.

A fin de que este Tribunal no quede aislado, *es indispensable integrarnos al coloquio jurisprudencial internacional y hacer de la comparación un método de interpretación constitucional*. Lo que se ha avanzado en otros países es parte de un patrimonio de la humanidad que debemos aprovechar.⁵²²

La referencia comparatista no es privativa de nuestro más alto órgano judicial, también otros órganos jurisdiccionales de nuestro país van “en busca de doctrinas que ilustren [su] opinión, en solicitud de fundamentos”, como diría Vallarta.

Muy importantes son los asuntos resueltos con base en el derecho comparado por los Tribunales de Circuito. El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, siguiendo (casi) *ad pedem litterae* a la jurisprudencia hispana,⁵²³ pudo dar solución al eterno conflicto entre las libertades de expresión e información por un lado y, por el otro, el derecho al honor de las personas; concluyó, en una muy importante sentencia —quizá la primera en nuestro país sobre la ponderación entre derechos fundamentales—, que la libertad de expresión e información se dirige a “la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general”, y “solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad”, de modo que la divulgación de información carente de ese objetivo, que sea simplemente “difamatoria o vejatoria, [...] ‘innecesaria y gratuita’...”, no justificaría la afectación a los últimos derechos fundamentales mencionados.⁵²⁴ Su homólogo en materia administrativa, con una influencia del pensamiento de Robert Alexy que sólo manifestándola explícitamente pudo ser más evidente, formuló uno de los precedentes más claros sobre el principio de proporcionalidad *lato sensu* que existen en nuestro ordenamiento, el cual por cierto proviene en su totalidad del derecho comparado: la doctrina y jurisprudencia alemanas a través de las españolas.⁵²⁵

Nuevamente, también es de subrayarse la amplia comparación jurídica que hace la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien alude en sus resoluciones tanto a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —muy especialmente— como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y de la Corte norteamericana. Los temas más relevantes en que ha acudido a esas jurisdicciones, para orientar su criterio o confirmar sus opiniones son: la configuración legal del derecho de voto pasivo, teniéndolo por susceptible de limitaciones;⁵²⁶ la libertad de expresión como fundamento de la sociedad democrática y sus restricciones posibles;⁵²⁷ nuevamente los casos

⁵²² Acción de inconstitucionalidad 26/2006, *cit.*, nota 233, 3a. sección, p. 80 (cursivas añadidas).

⁵²³ STC 171/1990, FF.JJ. 4-5. Esta decisión es de gran influencia en España, como muestra la constante remisión a ella en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo: 336/1993, F.J. 4; 138/1996, F.J. 3; 136/1999, F.J. 15; y 39/2005, F.J. 2.

⁵²⁴ “DAÑO MORAL...”, *cit.*, nota 230.

⁵²⁵ “TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS...”, *cit.*, nota 401; y “SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, julio de 2007, tesis I.4o.A.582 A, p. 2717.

⁵²⁶ SUP-JDC-037/2001, 25 de octubre de 2001, con. III, § IV.

⁵²⁷ SUP-JDC-393/2005, *loc. cit.*, nota 499 (caso *Handyside, Murdock v. Pennsylvania* —sobre la *preferred position* de esa libertad—, *New York Times v. Sullivan*, y la STC 12/1982).

relativos a los *spots* de la campaña presidencial de 2006;⁵²⁸ la suspensión de derechos político-electorales por condenas penales —con reconocimiento de la “inegable utilidad práctica” de la credencial para votar—;⁵²⁹ y, finalmente, también en la opinión que dirigió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para la acción de inconstitucionalidad 3/2007.⁵³⁰

Recapitulando sobre el presente tópico, podemos decir que los tribunales mexicanos en general, con la importante inclusión de la Suprema Corte y la relevante actuación del Tribunal Electoral, comienzan a abandonar una postura aislacionista y a considerar que en el derecho constitucional existe una amplia coincidencia entre los países occidentales y la solución que han dado a sus problemas compartidos, enriquecida con la abundante jurisprudencia internacional —europea e interamericana— sobre derechos humanos. Es satisfactorio notar que en estos ejercicios de comparación jurídica, se abandonan las meras transcripciones literales de resoluciones de jurisdicciones extranjeras, llevando a cabo nuestros tribunales un análisis más profundo de las cuestiones para cuyo discernimiento encuentran luz en la experiencia ajena.

7. *Panorama conclusivo*

En primer lugar, respecto de la interpretación jurídica en general, puede notarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación —al igual que otros tribunales mexicanos— ha iniciado el tránsito de una metodología interpretativa tradicional a una de naturaleza hermenéutica en sentido estricto, es decir prudencial y atendiendo a criterios de razonabilidad más que de mera racionalidad. Aunque ese tribunal constitucional mantiene aún la idea de los clásicos “métodos” de interpretación jurídica (literal, sistemático, etc.), su apertura a utilizar el “más adecuado” al caso concreto, muestra una flexibilidad en la aplicación de esos criterios y admite implícitamente la consideración de diversos factores, no sólo puramente jurídicos, para encontrar en el ordenamiento la regla apropiada para su solución; tal postura, incipientemente pero con más nitidez, la han adoptado algunos Tribunales Colegiados de Circuito.

En cuanto a la interpretación ya específicamente constitucional, una primera conclusión a la que puede arribarse de lo que hasta ahora expusimos, es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene buena idea de cuáles son los principios que deben regirla y que nuestro tribunal constitucional, con laudable esfuerzo, pretende inscribirse en una corriente constitucional contemporánea. Incluso se aprecia que sus integrantes han aludido en ocasiones a los catálogos de directivas de interpretación constitucional de Linares Quintana y de Rodolfo Luis Vigo —quien sigue a Konrad Hesse—.⁵³¹

El *quid* de los problemas de interpretación constitucional de la Suprema Corte no estriba en el desconocimiento de postulados esenciales de la interpretación jurídica o en la ignorancia de los principios que rigen la constitucional en particular; aunque podríamos decir que existen algunas dificultades —que comienzan a superarse— para habilitar en la actividad de la

⁵²⁸ *Supra*, nota 500 (casos *Oberschlick y Lingens*; y la misma jurisprudencia norteamericana referida en la nota inmediata anterior).

⁵²⁹ SUP-JDC-20/2007, 28 de febrero de 2007, con. IV, § IV (no sólo refiriendo el caso *Hirst* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también a la jurisprudencia constitucional de diversos países como: Canadá, Israel, Sudáfrica y otros).

⁵³⁰ SUP-AG-2/2007, 2 de febrero de 2007 (caso *Refah Partisi [Parti de la Prospérité] et autres c. Turquie* e invocando una vez más el caso *Yatama* de la Corte Interamericana).

⁵³¹ Pleno, amparo en revisión 2996/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. V, marzo de 1997, con. V, pp. 497 y ss; y controversia constitucional 109/2004 (voto particular del ministro Aguirre Anguiano), nota 32, 3a. sección, p. 91. Véase *supra*, cap. quinto, nota 8.

Suprema Corte los relativos a la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y a la comparación jurídica. Más bien, las complicaciones y las malas interpretaciones —que afortunadamente han sido las de menor número, pero no por ello deben soslayarse— han estribado en la falta de atención a la *amplia ideología* que inspira a la Constitución y a todas sus implicaciones en una moderna sociedad democrática, que dan lugar a una teoría constitucional con un contenido determinado y que debe orientar el procedimiento de interpretación de la ley fundamental al seleccionar entre sus instrumentos metodológicos al “jurídicamente conveniente” que no es otro que el “*axiológicamente conveniente*”;⁵³² se trata, claro está, de parar mientes en la realización de postulados políticos (*lato sensu*) —que muchas veces han sido formados en sede internacional— que integran el gran marco liberaldemocrático de la Constitución, ampliamente considerado.

Tal parece que, al interpretar la Constitución, la Suprema Corte de Justicia considera sólo las disposiciones y principios de la ley fundamental, evidente e inmediatamente aplicables y no a aquellos que, aunque de forma mediata, también tienen alguna incidencia en el caso particular; a ello se suma el mantenimiento de una dogmática constitucional que no toma en cuenta los últimos avances de esta materia, aunque es justo decir que en ello la Corte ha avanzado mucho en los últimos años —y muy atinadamente por cierto—, mas no aun lo suficiente para estar a la altura de otros Estados democráticos y llevar al máximo la fuerza normativa de la Constitución. Esta falta de una teoría constitucional integral y vanguardista, y sus lamentables efectos en la interpretación constitucional, se aprecia particularmente respecto de los derechos fundamentales.

Muchos estarán de acuerdo en que uno de esos ejemplos, y quizá el más notable, es el caso del *Poeta maldito*;⁵³³ del análisis del considerando tercero de la ejecutoria correspondiente (pp. 91 y ss), el caso no era tan fácil debido a la aparente protección constitucional a los símbolos patrios contra “ultrajes”, que determinó la negativa de la Corte a amparar al quejoso por pensar que ella era suficiente para restringir las libertades de expresión e imprenta; pero dicha resolución debe leerse en conjunto con el voto de minoría de los ministros Cossío Díaz y Silva Meza. De acuerdo a éstos, sus colegas se equivocaron al pensar que la “dignidad” de tales símbolos son bienes constitucionales que limitan derechos fundamentales y dio una aplicación por analogía al artículo 130 constitucional —que impediría sólo a los ministros de culto, agraviar a la bandera—, cuya expresión en el texto fundamental precisamente revela su carácter excepcional y su necesaria interpretación estricta (pp. 13-16).⁵³⁴

Además, indicó la misma minoría, el carácter vago del vocablo “ultrajar” y la aplicación de sanciones penales por esos actos, harían de todas formas inconstitucional al impugnado artículo 191 del Código Penal Federal, por lo que —ya en nuestra opinión— se trataba de una aplicación del principio de proporcionalidad que no consideró la mayoría de los resolutores de ese caso. Esto último, en dos importantes vertientes relativas a los subprincipios de necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* también señaladas en el voto minoritario: que a la satisfacción de la obligación que impone al Estado el artículo 3o. constitucional de “fomentar el amor a la patria”, no es necesaria la sanción penal y, en segundo término, que contrariamente a la ideología liberal de la Constitución la penalización de una expresión como las usadas en el

⁵³² Cfr. *supra*, nota 77.

⁵³³ Véanse *supra*, cap. sexto, notas 281 y 282.

⁵³⁴ *Supra*, nota 319.

poema examinado inhibe la expresión democrática de ideas protegida por la ley fundamental y especialmente cuando se trata de las de contenido político.⁵³⁵

En este caso la Suprema Corte no sólo se apartó de una interpretación que optimiza las libertades de expresión e imprenta, sino propuso una indebidamente amplia de sus excepciones, dando un sentido a los “conceptos esencialmente controvertidos” que limitan esos derechos fundamentales, contrario a los valores esenciales del orden fundamental de nuestra Constitución, ofrendando en el ara de los símbolos de la libertad a la libertad misma. También fue contra la jurisprudencia interamericana —aludida en el voto minoritario y cuyo seguimiento impone el mismo artículo constitucional que busca fomentar el “amor a la patria”—, puesto que impedir la profanación verbal del lábaro patrio no es, dentro de un Estado verdaderamente democrático, una “necesidad social imperiosa” proporcionada al sacrificio de la libertad física y de expresión de una persona.⁵³⁶

Otro tanto podemos decir del ya referido caso relativo a las copias de actuaciones de la averiguación previa, en el que no se respetó la máxima optimización del derecho de defensa del inculpado —quien (generalmente) se juega nada menos que su libertad personal—, y que a lo mejor una consideración axiológica y contemporánea de los postulados aplicables de nuestra Constitución, hubiera llevado a la Corte a una decisión por completo diferente.⁵³⁷

En la misma dirección va el caso del *Veto Presidencial al Presupuesto*, aunque con menor evidencia. La cuestión a resolver en ese asunto fue, como sabemos, si el Presidente de la República tenía atribuciones de devolver con observaciones a la Cámara de Diputados el Decreto de Presupuesto de Gasto Público de la Federación, entonces del año 2005, o sea de “vetarlo”; la decisión mayoritaria concluyó, a través de la utilización de diversos “métodos de interpretación” y de su “cruce”, que el artículo 72 constitucional sí permitía al titular del Ejecutivo ejercer el veto; pero en realidad esta solución no era tan evidente, lo que se confirma la votación 6-5 con que ese tema se resolvió, y a que requería algún esfuerzo en la interpretación gramatical de ese precepto para darle el sentido por el que se inclinó la mayoría de los ministros de la Corte; si bien ésta pretendió sustentar su interpretación dándole un cariz metodológico, no tomar en cuenta la orientación axiológica de elementales postulados constitucionales.

En el aspecto literal, en que concluyeron que la Constitución no impide al Presidente formular observaciones al presupuesto aprobado por la Cámara de Diputados, y dada la oscuridad del texto fundamental que ocasionó esa decisión tan dividida, recurrir a los *principios de Estado de derecho* y de *legalidad* de los cuales se desprende que las facultades de las autoridades deben ser expresas —o provenir necesaria y con claridad de los enunciados textuales—; con esto último, en nuestra opinión, se debió resolver que el Presidente carece de la facultad para ejercer el veto contra ese acto.⁵³⁸ Tampoco considerar a partir de una

⁵³⁵ Todo lo escatológico que se quiera, independientemente de su valor estético y entre sus posibles interpretaciones, no puede negarse que la obra del quejoso Sergio Witz es una manifestación de ideas y sentimientos —auténticos o ficticios— contrarios a un nacionalismo fetichista y aun de desilusión patriótica, cobijados bajo el concepto de “discurso político”, que además no se expresó en circunstancias que atentaran contra el “orden público”. Una vez más, téngase en cuenta el clásico *Sobre la libertad* de John Stuart Mill.

⁵³⁶ Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, § 69; *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, § 29; *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, fondo, 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, § 79; y *Herrera Ulloa*, fondo, 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, §§ 112-116 y 120-123.

⁵³⁷ *Supra*, nota 362.

⁵³⁸ En este sentido también se manifiesta Nava Escudero, aunque no por razones jurídicas sino políticas opina que “[e]n un sistema presidencial como el mexicano, la aplicación del veto del Presidente de la República al

“interpretación sistemática” que el procedimiento legislativo es “uno solo”, pues tanto de una argumentación *sedes materiae* que atiende a la colocación en secciones diferentes la regulación del procedimiento legislativo bicameral y el unicameral presupuestario, como de la diferente naturaleza de la ambos, puede al menos pensarse que el Constituyente pretendió hacer “especial” al último y sustraerlo de una regulación genérica. Finalmente, tampoco obsta aludir a salvaguardar la “división de poderes” y evitar dejar en indefensión a la Presidencia de la República, pues la colaboración que debe haber entre ambas entidades políticas se expresa en la Constitución con la necesidad de que el proyecto de presupuesto provenga del Ejecutivo —y no es cosa menor que éste plantee los términos de los que partirá la discusión relativa—; el *principio democrático* habría sido muy luminoso en este aspecto, pues por él se hubiera dado un mayor peso a la prevalencia a la Cámara de Diputados como representante popular al igual que el Presidente, pero de orden plural por estar representadas en ella todas las fuerzas políticas del país.⁵³⁹

Contrastando con las resoluciones anteriores, la Suprema Corte también ha dictado otras que tienden al fortalecimiento de un Estado constitucional democrático en México, algunas de las ya han sido aludidas. Una de estas decisiones bien puede tenerse al menos como *una de las mejores de nuestro tribunal constitucional*: la del caso *Ley de Medios*, específicamente en lo tocante a la inconstitucionalidad de las reformas al régimen de concesiones de radiodifusión y servicios adicionales en materia de telecomunicaciones.⁵⁴⁰

Supliendo en algunos aspectos la deficiencia de los conceptos de invalidez de los legisladores que promovieron ese asunto, es decir con una actitud garantista, en dicha ocasión la Corte invalidó diversas disposiciones de la Ley Federal de Radio y Televisión que otorgaban importantes privilegios discriminatorios a los concesionarios de radiodifusión para refrendar sus títulos y ampliar sus actividades al ramo de telecomunicaciones. Las disposiciones constitucionales no expresan una respuesta inmediatamente perceptible a las cuestiones planteadas en esa acción, y el tribunal recurrió a una verdadera argumentación por principios que consideró las consecuencias prácticas —políticas, sociales y económicas— de las normas impugnadas, y buscó la optimización efectiva de los principios de igualdad y rectoría económica del Estado, la libertad de expresión y el derecho a la información, así como el principio democrático y el valor del pluralismo —reconociéndose implícitamente a todos un contenido normativo mínimo⁵⁴¹—. Por otra parte, que después de leerse la sentencia respectiva, los vicios de inconstitucionalidad advertidos por la Suprema Corte parezcan sumamente evidentes, no resta mérito a la decisión de este tribunal ni a la argumentación con que sostuvo su decisión, sino incluso puede añadirse como una de las bondades de esta última; la importancia de este asunto, la complejidad técnica y variedad de los temas abordados en él, ameritó como pocos la perspectiva con que fue abordado, misma que en nuestra opinión dio un resultado satisfactorio aun desde el punto de vista teórico.

[Presupuesto de Egresos de la Federación] aprobado por la Cámara de Diputados, es completamente necesario”. Véase “Límites al poder constitucional presupuestario de la Cámara de Diputados”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 246, 2006, pp. 299-302.

⁵³⁹ *Cfr. supra*, nota 56. “[E]l Congreso de la Unión tiene un ámbito amplio de auto-regulación y auto-organización por razón de su *representatividad democrática*, lo que ha justificado históricamente que tenga asignada la facultad formal y material de legislar”, acción de inconstitucionalidad 26/2006 (voto concurrente del ministro Franco González Salas), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 2543 (cursivas añadidas; véase *supra*, cap. sexto, nota 5).

⁵⁴⁰ Acción de inconstitucionalidad 26/2006, *cit.*, nota 233, 3a. sección, con. XV, pp. 41-72.

⁵⁴¹ Véase *supra*, cap. quinto, notas 306 y 316.

De lo anterior podemos concluir que a grandes rasgos existe una asimetría en la jurisprudencia de la Suprema Corte, que al cabo lleva a la inseguridad jurídica por dar lugar a la falta de certeza en la aplicación del derecho constitucional: al lado de resoluciones que tienden —aun de manera innovadora— en nuestro país a afianzar un Estado constitucional democrático, se encuentran otras en que los derechos fundamentales y diversos principios constitucionales no obtienen la eficacia que deberían, basadas en una concepción estrictamente positivista del derecho constitucional. No obstante que la Corte ya echa mano de pautas metodológicas que derivan de posturas metodológicas contemporáneas y que se sostienen a nivel transnacional, la ausencia de una teoría política moderna que le haga tener *siempre* en mente *todas* las implicaciones básicas y específicas de los valores de libertad y democracia; tal deficiencia propicia que los referidos parámetros y los principios de interpretación constitucional se usen de un modo casi caprichoso, y algunas veces tan sólo como justificación meramente formal de una decisión interpretativa tomada de antemano que como instrumento para hallarla.⁵⁴²

No es que la Suprema Corte no respete los principios de interpretación constitucional, ignorándolos y soslayando sus alcances —en muchas ocasiones está muy consciente de ellos—, sino que más allá de las naturales diferencias intersubjetivas sobre lo que es “bueno” y “correcto” para una sociedad, no parece campear con carácter general en la jurisprudencia de la Corte una *clara y general imagen liberaldemocrática* de la sociedad mexicana sobre el papel de la Constitución, las funciones que tiene el Estado y su obligación de respetar los derechos de los justiciables, que oriente la defensa a ultranza de los derechos fundamentales y la tutela de una sociedad democrática; sólo la teoría política resultante de dicha imagen ofrecería respuestas a la articulación de las distintas directivas de interpretación constitucional, fundadas en la razonabilidad de la argumentación y tendientes a la efectividad de los principios constitucionales. En generalidad de los casos, todavía se mantiene una concepción del derecho de la Constitución que lo limita a ser un simple marco formal de la actividad del Estado, y hace a un lado el carácter axiológico de sus disposiciones y la importancia que tiene la defensa de la máxima eficacia de los principios que consagran, *en todos los casos*, para los justiciables que participan en ellos y asimismo mediata o inmediatamente para la sociedad en general.

Aunque existe ya un importante catálogo en la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre las implicaciones del orden fundamental liberaldemocrático que impone la Constitución,⁵⁴³ la cuestión es definir las con mayor precisión y llevarlas a un ejercicio constante, para que formando una consistente teoría política proveniente de los postulados constitucionales, sean unitariamente consideradas en la interpretación y aplicación de la ley fundamental. Ése, como en todas las demás jurisdicciones constitucionales, es el verdadero dilema que enfrenta la interpretación constitucional mexicana y el cual no contribuirá a la seguridad jurídica que se espera de ésta ni a la plena fuerza normativa de la Constitución, en tanto no sea resuelto por una teoría política de ese cuño que impere en la jurisprudencia de la Corte.⁵⁴⁴

⁵⁴² Cfr. *supra*, nota 450.

⁵⁴³ *Supra*, § III.3.

⁵⁴⁴ *Supra*, cap. quinto, nota 14.

V. EL CONTROL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. *La argumentación de la Suprema Corte*

A. *Garantía de motivación*

Evidentemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal de aplicación del derecho y su labor no consiste en resolver *ex aequo et bono* los casos que se le presentan, sino en hacerlo conforme a su “interpretación jurídica” de las normas que deben regirla, es decir las de la ley fundamental obviamente. Al igual que cualquier otro tribunal mexicano, en su labor se encuentra sujeta al cumplimiento de las garantías constitucionales de fundamentación y motivación —así como a todo el sistema constitucional, especialmente por lo que hace a sus competencias⁵⁴⁵—; como sabemos, por la primera se impone al órgano jurisdiccional la resolución del asunto que se le somete, según lo dispuesto por las normas que se apliquen a los hechos que lo constituyen y, por la segunda, se entiende “la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración” en la decisión.⁵⁴⁶

Al aludir el artículo 16 constitucional a la motivación de la “causa legal” de un procedimiento que finaliza en una sentencia definitiva, requiere la manifestación de razonamientos que expliquen cómo el juzgador, a partir de las normas que se desprenden de ciertos enunciados legales⁵⁴⁷ y considerando los particulares hechos a los que se enfrentó, decidió favorecer las pretensiones de una u otra de las partes. Uno de los indispensables elementos de la argumentación de dicha resolución, entre muchos otros que llevan a su causalidad,⁵⁴⁸ es la fundamentación de la “premisa mayor” del silogismo judicial que es la interpretación de las normas jurídicas para formularlas de un modo aplicable al caso,

⁵⁴⁵ Cfr. *supra*, notas **Error! Marcador no definido.** y 397.

⁵⁴⁶ “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE...”, *cit.*, nota 3; y “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, *cit.*, nota 233. Véanse también “SENTENCIAS CIVILES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXII, p. 42; y “RESOLUCIONES CIVILES. NO PROCEDE QUE SE DICTEN A VERDAD SABIDA O BUENA FE GUARDADA”, Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. X, octubre de 1999, tesis I.6o.C.184 C, p. 1341.

⁵⁴⁷ Sobre la referencia específica a numerales específicos como elemento de la fundamentación formal de resoluciones jurisdiccionales, se ha dicho en jurisprudencia vinculante que es innecesaria; sin embargo, tomando en cuenta la finalidad defensiva de esa garantía y buscando darle la máxima eficacia posible —de acuerdo con el principio hermenéutico constitucional que hemos tratado—, consideramos que sí debe incluirse en el texto de las decisiones judiciales aunque la ley en cuestión sea unitaria, sistematizada y de rígida permanencia —como la Constitución—; y no obstante lo conveniente que en la práctica pudiera ser considerar lo contrario con el objeto, por ejemplo, de evitar innumerables “amparos para efectos”. Cfr. “SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL. GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN, SE SATISFACE AUN CUANDO SE OMITA LA CITA DE PRECEPTOS LEGALES”, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. IV, tesis 639, p. 603; “SENTENCIAS, CITA DE PRECEPTOS LEGALES EN LAS”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, t. 75, cuarta parte, p. 39; y “FUNDAMENTACIÓN LEGAL. CITA DE PRECEPTOS CON VARIAS FRACCIONES”, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *idem*, 7a. época, vol. 121-126, sexta parte, p. 86.

⁵⁴⁸ Como es el caso de la existencia de atribuciones de la autoridad judicial de que se trate. “COMPETENCIA. SU FUNDAMENTACIÓN ES REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO DE AUTORIDAD”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. VI, tesis 104, p. 82.

constituida por las razones en cuya virtud se les da ese sentido y se estiman regulan la situación a estudio.⁵⁴⁹

Los requisitos de fundamentación y motivación tienen como funciones generales evitar la arbitrariedad de las autoridades y mostrar su “respeto al ciudadano” y su dignidad — exponiéndole razones por las cuales se perjudica su interés—⁵⁵⁰ y, en un segundo término aunque no de menor importancia, permiten al gobernado conocer el razonamiento de la autoridad y precisar sus deficiencias para que él tenga elementos de defensa contra el acto estatal;⁵⁵¹ muy ampliamente, como ya señalamos, objetiviza la decisión y su argumentación para su efectivo control.⁵⁵² Pero no todas estas funciones se cumplen por la exposición de argumentos que sostienen las decisiones de la jurisdicción constitucional, al menos en el plano defensivo por ser sus tribunales la última instancia (doméstica) en el juicio constitucional y frente a los cuales —como vimos y veremos— existen pocos controles jurídicos directos; la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales constitucional, como instrumento de control además de las primeras funciones mencionadas frente a sus justiciables —que no todos son ciudadanos de la calle—, tiene una dimensión quizá mucho más importante a la que no escapan las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con la relación de la justificación de sus sentencias, los tribunales constitucionales —y obviamente el nuestro también— “habla a la sociedad”;⁵⁵³ a través de ella, no sólo a las partes que se encuentran frente a ellos, indican a la colectividad cómo debe entenderse el texto fundamental de la convivencia de todos sus integrantes y por qué ha de ser así. Y concitar la aquiescencia de la sociedad a sus decisiones, para lograr la *legitimidad democrática* suficiente para cumplir eficazmente su tarea constitucional, no es cosa de poca monta para un órgano que en ocasiones se le ve ajeno e incluso contrario al gobierno ciudadano.

B. *Transparencia y estilo argumentativo*

Elemento esencial para que las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación — y las de cualquier otro tribunal constitucional— cumplan efectivamente su función de afianzar la legitimidad democrática de la Constitución y su interpretación, es la posibilidad de que sean asequibles al ciudadano común y corriente, en dos sentidos: en cuanto al acceso efectivo y ágil de los ciudadanos al conocimiento de los textos definitivos (engroses) de las resoluciones de la Suprema Corte; y, el segundo, a la redacción clara y razonablemente sencilla de las mismas.

El primero de dichos aspectos en la actualidad carece de las dificultades de antaño. Aunque las resoluciones de la Suprema Corte y de otros tribunales se han divulgado a través del *Semanario Judicial de la Federación* desde el siglo XIX, no todas ellas habían sido disponibles a través de este medio; pero una mucho más regular publicación de ese medio, aunada a los modernos esfuerzos en torno al derecho a la información y a las disposiciones de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, al menos desde nuestro particular punto de vista, han facilitado por mucho la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda conocer por vías institucionales las resoluciones de nuestro tribunal constitucional. La Corte además ha realizado el esfuerzo de poner al alcance de los juristas y la población en general en su portal de internet (www.scjn.gob.mx) no sólo su jurisprudencia y

⁵⁴⁹ “SENTENCIAS CIVILES. LOS PRECEPTOS EN QUE SE FUNDAN DEBEN SER ARGUMENTADOS”, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 16, cuarta parte, p. 25.

⁵⁵⁰ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 4, p. 701.

⁵⁵¹ “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN...”, *cit.*, nota 311.

⁵⁵² Véase *supra*, cap. primero, § V.5.

⁵⁵³ Véase *supra*, cap. quinto, § I.3.

otras notas de interés, sino también los engroses definitivos de muchas de sus resoluciones, a través del dispositivo de Acceso Sistematizado a la Información (ASI); y no podemos olvidar lo importante que fue la difusión por aquél medio, previamente a su tratamiento en sesión, del proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2006 (caso *Ley de Medios*).

Lo anterior sería insuficiente si no fuera acompañado por el intento de simplificar las sentencias de los tribunales en cuando al lenguaje que utilizan, que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido notable en los últimos años —y en lo cual ha tenido un claro protagonismo el ministro José Ramón Cossío Díaz⁵⁵⁴—. Se ve más frecuentemente en las sentencias de la Corte —y también en algunas resoluciones de la Sala Superior del Tribunal Electoral federal— una concatenación argumentativa en la que se dedica cada considerando a temas específicos, muchas veces referidas por epígrafes y subtítulos, así como la remisión de transcripciones de textos legales y jurisprudenciales al pie de página para facilitar la lectura de las resoluciones; cabe mencionar que lo anterior se ha vuelto costumbre en las resoluciones de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad y que, además, luego se instituyó en los artículos 16 y 17 del Reglamento Interior de ese tribunal.

Otro aspecto de este punto se refiere al uso de un lenguaje más llano y conciso en las resoluciones judiciales. En este camino también se encuentra la Suprema Corte —y asimismo, aparentemente, por iniciativa del ministro Cossío Díaz—, desde una posición desde la cual se asegura que “es necesario que se elaboren sentencias claras, breves y entendibles para la mayoría de la población, y no sentencias ‘enormes, redundantes, llenas de tesis y de tecnicismos’”.⁵⁵⁵

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La inclusión de México en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos suscita, como hemos visto, múltiples cuestiones sobre muy variados temas. Pero, en la presente ocasión nos limitaremos a destacar uno de ellos que resulta consecuencia necesaria de la sujeción de nuestro Estado a ese ámbito jurídico internacional: que la Suprema Corte de Justicia de la Nación *ya no* es el intérprete definitivo de la Constitución, en cuanto a derechos fundamentales se refiere.

Es perfectamente posible que se inicie un proceso ante la Corte Interamericana derivado de una sentencia de la Suprema Corte relativa a la interpretación de derechos fundamentales o por implicar la supuesta violación a las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otro tratado internacional en cuya aplicación “esté directamente implicada la protección de los derechos humanos” —como los relativos a derechos del niño, tortura, no discriminación, etc., que con el Pacto de San José forman un “muy comprensivo *corpus juris* internacional”—.⁵⁵⁶ Ciertamente, la función de ese tribunal internacional no es controlar si la Suprema Corte (u otro tribunal mexicano) interpretó “correctamente” la Constitución, pero sí lo es revisar que en ello satisfaga los parámetros

⁵⁵⁴ Un buen ejemplo del estilo de redacción de este juzgador, puede verse en la sentencia definitiva de la controversia constitucional 24/2005 (*cit.*, nota 81).

⁵⁵⁵ *Cfr.* Avilés, Carlos, “Fallos claros y breves”, *El Universal*, México, 22 de diciembre de 2005, Nación, p. 14, <http://www.eluniversal.com.mx>. Véanse también *supra*, cap. quinto, nota 172; y Kühne Peimbert, Catalina, “Lenguaje judicial y transparencia”, *Compromiso. Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, año 6, núm. 67, enero de 2007, pp. 29-30.

⁵⁵⁶ CIDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte, OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, § 21; y CIDH, *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, fondo, 19 de septiembre de 1999, serie C, núm. 63, § 194 (cursivas en el original del texto transcrito).

internacionales en materia de derechos humanos⁵⁵⁷ —incluyendo la jurisprudencia—; bajo el principio general de que los Estados signantes del Pacto de San José están comprometidos a adoptar en su ámbito interno las medidas pertinentes para la plena efectividad de los derechos que establece, entre las que por supuesto se incluye la interpretación del ordenamiento doméstico —incluyendo el constitucional— de una manera que la permita y no la obstaculice.⁵⁵⁸

De no satisfacer la Suprema Corte los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos en su interpretación constitucional,⁵⁵⁹ luego de instarse el procedimiento respectivo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de llevarse el asunto a la Corte Interamericana, ésta puede declarar la responsabilidad internacional del Estado mexicano derivada del incumplimiento de la jurisdicción constitucional a la normatividad internacional. Dado el efecto vinculante de su resolución, al señalar cuál fue el ilícito internacional en que incurrió el Estado mexicano, ese tribunal internacional en realidad está *desautorizando jurídicamente* —independientemente de la posibilidad material de hacer eficaz su sentencia— la interpretación constitucional de los órganos nacionales y ordenando que realicen una conforme a los parámetros de la Convención y del derecho internacional aplicable, es decir de acuerdo a *la suya*; si en la escena interamericana ya sucedió algo semejante con el mandato expreso de ese tribunal internacional al Estado chileno para adecuar su texto constitucional,⁵⁶⁰ no parece haber razón para que esa rectificación no pueda disponerse frente a la jurisdicción constitucional.

De tal manera, al menos *de facto* porque aun en la doctrina internacionalista encontramos cierta reticencia a tener a los tribunales internacionales como “revisores” de los domésticos, la Corte Interamericana puede controlar la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación e imponer a ésta, con carácter vinculante como hemos sostenido, criterios de interpretación y parámetros concretos a satisfacer en la protección de los derechos humanos.⁵⁶¹ Aparte, aunque no sortea el punto toda discusión, nos atrevemos a decir que en virtud de lo establecido en los artículos 2o., 63.1 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por una condena de ese tribunal contra el Estado mexicano nacería la obligación de éste a reparar íntegramente la violación cometida, lo que *ipso jure* traería normalmente la anulación de los efectos de una sentencia de la Suprema Corte si por su medio nuestro país incurrió en responsabilidad internacional.⁵⁶²

La amplitud de este posible control que la jurisdicción internacional puede ejercer sobre la constitucional de nuestro país, va sin duda mucho más allá de las “garantías individuales” en sentido estricto y se extiende *a todos los “derechos fundamentales”*, entendiendo por éstos también a los de carácter electoral y participación política que, tradicionalmente, en México habían sido relegados pero *ya no lo son más* al ser considerados por la Corte también como fundamentales y gozar de la protección del derecho internacional y sus tribunales.⁵⁶³ Viendo lo anterior, puede llegarse a la conclusión de que es mayor de lo que aparenta en un primer

⁵⁵⁷ García Ramírez y Toro Huerta, *op. cit.*, nota 486, pp. 188-189.

⁵⁵⁸ Véase *supra*, cap. tercero, § VI.1.

⁵⁵⁹ Dable sobre todo en el juicio de amparo, pero también en la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y otros procedimientos.

⁵⁶⁰ *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, *cit.*, nota 536, §§ 72, 87-88 y 97.

⁵⁶¹ *Cfr.* Mijangos y González, *op. cit.*, nota 470, p. 424.

⁵⁶² *Supra*, cap. tercero, notas 108 y 109; y CIDH, *Baena Ricardo y otros*, competencia, 28 de noviembre de 2003, serie C, núm. 104, §§ 61-83.

⁵⁶³ *Cfr.* acción de inconstitucionalidad 47/2006, *cit.*, nota 226, con. XV, pp. 40-41; y *supra*, cap. tercero, notas 147 y 148.

vistazo, el espectro del control que puede realizar la Corte Interamericana sobre las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, en materia de derechos humanos, ya carece de la última palabra.

3. Responsabilidad jurídica

A. Independencia y responsabilidad judiciales

Como puede preverse, en el presente tema nos referimos a “controles débiles” que pueden ejercerse sobre la interpretación constitucional de la Suprema Corte y no a los de carácter “fuerte” que tendrían por objeto la anulación de sus actos, de los cuales se carece en nuestro ordenamiento nacional⁵⁶⁴ y dentro de los cuales es discutible la inclusión de la Corte Interamericana en cuanto a que tenga el efecto de cambiar la situación jurídica que hubiere establecido la Corte en su sentencia.⁵⁶⁵ Por lo tanto, si bien la responsabilidad jurídica en que puedan incurrir los ministros de la Corte y los demás juzgadores mexicanos, no toca a la validez y eficacia de sus decisiones, la implementación de esa institución y sus especies pueden *prima facie* servir a la revisión de sus decisiones y tener alguna influencia para evitar desvíos en el ejercicio de la función jurisdiccional.⁵⁶⁶

En el ordenamiento mexicano la responsabilidad de los servidores públicos en general también se clasifica en política —sólo para los de “alto rango”—, penal, administrativa y civil, rigiéndose este sistema en un “principio de autonomía” que particulariza a cada una de estas especies, pero que no impide su concurrencia y simultánea incidencia.⁵⁶⁷ Aun a la centrífuga unidad en esta materia, la responsabilidad de los juzgadores es un tanto excepcional y aun más la de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en el tratamiento de este tema han de considerarse las peculiaridades que reviste la función jurisdiccional y, muy particularmente, la idea básica de que el juicio no es un procedimiento matemático, controlable por el cumplimiento de algunos requisitos formales.

El valor constitucional que impera en esta materia es obviamente la *independencia judicial*; la posibilidad de ejercicio de alguna clase de control respecto de su actuación, puede implicar una intervención en ella que vaya contra ese postulado fundamental y resultante en algún grado (intromisión, dependencia o subordinación) de vulneración al principio de división de poderes.⁵⁶⁸ La protección de dicha autonomía, como un principio establecido a favor de la sociedad en general, debe estar siempre presente como criterio de orientación en la interpretación y aplicación de la normatividad aplicable, pero de una manera que no impida totalmente “la responsabilidad del juzgador por sus actos frente a la ley”.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Cfr. “SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, SUS EJECUTORIAS SON INATACABLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXXVI, p. 1385; y “SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. SUS FALLOS SON INATACABLES”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, diciembre de 2002, tesis 2a. CLXXIV/2002, p. 291.

⁵⁶⁵ Véase en general para toda esta sección, *supra*, cap. quinto, § V.

⁵⁶⁶ Asimismo considérense los caracteres de la función jurisdiccional expuestos *supra*, cap. primero, § V.2.

⁵⁶⁷ “RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. III, abril de 1996, tesis P. LX/96, p. 128. Véase Juárez Mejía, Godolfino Humberto, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos federales*, México, Porrúa, 2002, p. 116.

⁵⁶⁸ Véanse los criterios acuñados por la Suprema Corte en la controversia constitucional 35/2000, *cit.*, nota 310.

⁵⁶⁹ “INDEPENDENCIA JUDICIAL...”, *cit.*, nota 175; e “INAMOVILIDAD JUDICIAL. NO SÓLO CONSTITUYE UN DERECHO DE SEGURIDAD O ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES LOCALES QUE HAYAN

Así tenemos en relación al incumplimiento de los jueces constitucionales —o de cualquier otra especie— a sus deberes, una *relación tirante* entre dos diferentes principios constitucionales: la independencia y la responsabilidad judiciales,⁵⁷⁰ extremadamente traducidos el primero en que se requiere la inexistencia de cualquier clase de control a la labor de los tribunales y, el segundo, en la necesidad de implementar un sistema de responsabilidades para salvaguardar el interés de la sociedad en una adecuada impartición de justicia; ambos textualmente establecidos por la Constitución y relacionados en abstracto con la división del poder en sus facetas negativa —no intromisión o peores grados, ya aludida— y positiva —existencia de “pesos y contrapesos”—.⁵⁷¹

La solución que la Suprema Corte de Justicia de la Nación como intérprete definitivo de la Constitución, y no muy lejos de la experiencia comparada, ha dado al dilema que se plantea entre preferir evitar intromisiones en el poder judicial y simultáneamente mantener algún tipo de vigilancia efectiva en ella, apunta hacia una *ponderación* entre ambos principios que casi completamente favorece al primer objetivo. Nuestro tribunal constitucional, refiriéndose a otros órganos jurisdiccionales, ha establecido en términos generales la *inmunidad* de los jueces mexicanos por las opiniones que externan en sus sentencias, salvo por lo que se refiere a la de carácter administrativo o disciplinario.

Esta imposibilidad jurídica de fincar responsabilidad a los juzgadores, al menos en el ámbito federal al que pertenece la Suprema Corte, se apoya en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁵⁷² que dispone textualmente que dichos servidores públicos “serán responsables al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales en las resoluciones que dicten, cuando se compruebe que hubo cohecho o mala fe”. Nótese que, de los términos de este texto legal así como del título al que se adscribe, se desprende que la responsabilidad y la inmunidad a que se refiere es *general* y no limitada a la de tipo político, penal, civil o administrativa.

Una interpretación meramente literal de este precepto nada dice acerca de, si en otros supuestos —interpretación de leyes ordinarias o reglamentos, apreciación de hechos, valoración de pruebas, etc.—, son inmunes los juzgadores federales. Creemos que ese sentido tiene el correcto entendimiento de ese precepto a la luz de los principios de independencia judicial e igualdad, y puesto que la conclusión contraria lo haría redundante al convertirlo una mera reiteración implícita de un sistema de responsabilidad establecido en términos amplios y generales por el legislador; de manera que esa disposición sólo adquiere sentido pensando que ella realiza una exclusión específica para los casos de cohecho o mala fe, a una inmunidad natural que se admite inicialmente a favor de los juzgadores. En ese sentido ha sido la opinión de la Suprema Corte, quien además afirmó que dicha inmunidad no se da en el supuesto de que el juzgador haya incurrido en “la franca desatención del ordenamiento jurídico aplicable”, hipótesis concebible como una forma de “mala fe” por implicar a lo menos la indebida ignorancia de las disposiciones aplicables que además posiblemente invocaron las partes.⁵⁷³

SIDO RATIFICADOS EN SU CARGO SINO, PRINCIPALMENTE, UNA GARANTÍA A LA SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS”, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (Actualización 2001)*, t. I, tesis 22, p. 37.

⁵⁷⁰ Cfr. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., México, Fontamara-UACH, 2002, pp. 208-209.

⁵⁷¹ *Supra*, nota 394.

⁵⁷² Su ámbito de aplicación también incluye a los magistrados del Tribunal Electoral, conforme al artículo 219 de la misma ley.

⁵⁷³ “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LA INMUNIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 130 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, NO SE ACTUALIZA ANTE EL FRANCO DESACATO DE UN ORDENAMIENTO

Así, puede darse a ese numeral una lectura *a contrario* que sería crucial en nuestro tema por sus múltiples repercusiones y compleja por sus diferentes matices, diciendo que los juzgadores federales —incluyendo por supuesto a los ministros de la Corte— serán inmunes en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en sus decisiones jurisdiccionales, en tanto no se demuestre cohecho, mala fe o “franco desacato” al ordenamiento aplicable.

Las relacionadas excepciones a la inmunidad general que concede el artículo 130 de la referida ley orgánica deben interpretarse del modo *más restrictivo* posible, no solamente en mero sentido estricto por implicar una excepción a una regla básica, ya que conllevan un potencial agravio a la independencia judicial y, a excepción de la responsabilidad civil, ser todas ellas de carácter punitivo.⁵⁷⁴ Por otra parte, muchas de esas hipótesis de excepción se encuentran precisamente tipificadas como delitos⁵⁷⁵ y, en aras de la unidad del ordenamiento y mediante una interpretación sistemática, con ciertos matices según el caso, sería útil acudir a esas definiciones como auxiliares al establecer los alcances de aquella disposición. A lo largo de nuestra sucesiva exposición, comentaremos algunos de los pormenores que corresponderán a la aplicación de ese precepto de acuerdo a la clase de responsabilidad de que se trate.

Finalmente, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación según sabemos nunca se ha referido a la responsabilidad de sus propios integrantes, de los criterios que ha sentado respecto a magistrados locales y otros juzgadores federales, de sus ejecutorias podemos desprender argumentos también aplicables a los ministros que la integran, en tanto correspondan a aspectos esenciales de la función jurisdiccional o sean con mayor razón aplicables a la constitucional, que es de carácter “especial” por los fundamentales asuntos que resuelve como ha dicho la Corte Interamericana.⁵⁷⁶ Una ventaja podemos obtener de las opiniones de la Suprema Corte a que aludiremos: se refieren a casos “normales”, ajenos a ella, por lo que pueden tenérseles como una objetiva declaración del sentido constitucional de las disposiciones relativas a la responsabilidad de juzgadores, que pueden considerarse sin descalificaciones *a priori* por tener algún viso de parcialidad mediata, no sólo por orientadores sino como una declaración autorizada del intérprete definitivo de la Constitución.

B. *Juicio político*

El artículo 110 de la Constitución señala a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre los posibles sujetos del juicio político. De ser fundado, este proceso culminaría con una resolución que condena al servidor público a su destitución e “inhabilitación [hasta por veinte años] para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público”, según el tercer párrafo de esa misma disposición y el artículo 8o. de su ley reglamentaria.

Las causas por las cuales procede esta vía únicamente las define la fracción I del artículo 109 constitucional como “actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho”. Pero como se advierte del texto de la misma

JURÍDICO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. VI, octubre de 1997, tesis P. CXLVI/97, p. 201.

⁵⁷⁴ Cfr. “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA...”, *cit.*, nota 318; y *supra*, cap. tercero, notas 169 y 172.

⁵⁷⁵ Arts. 215 (abuso de autoridad —que igualmente puede integrarse a la “mala fe”—), 222 (cohecho) y 225 (delitos contra la administración de justicia) del Código Penal Federal.

⁵⁷⁶ Véase sobre la “unidad jurisdiccional” y la analogía entre los tribunales de diferentes materias, controversia constitucional 9/2003, *cit.*, nota 396, 1a. sección, con. IX, pp. 45-46.

disposición en realidad estamos ante una norma de eficacia limitada y de mero carácter directivo, cuya aplicabilidad depende de su ulterior desarrollo y por lo mismo no tipifica por sí misma un ilícito punible, de modo que corresponde al legislador secundario establecer los supuestos en los que se incurre en responsabilidad política;⁵⁷⁷ interpretando esa disposición constitucional, el legislador señaló en el artículo 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos las causas de procedencia del juicio político.⁵⁷⁸ Siendo éstas hipótesis generales en las que procede la responsabilidad política de cualquier servidor público, el específico supuesto del artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación —con mismo rango jerárquico que la de responsabilidades—, es decir el ejercicio de la función jurisdiccional, se torna en una *lex specialis* que excluye la posibilidad jurídica de fincar responsabilidad política a los ministros de la Suprema Corte y hace improcedente el juicio político en su contra, a menos que nos encontremos ante una de las excepciones que este último dispositivo señala.

Además de lo anterior, también la salvaguarda de la independencia de la Corte avala nuestra conclusión. El análisis de una sentencia y la “rectificación” de su criterio implica una invasión a las funciones del poder judicial y el despojo de su facultad jurisdiccional, o sea la de “decir el derecho” en última instancia, irrevocablemente; en un caso en que se señaló a magistrados de un Tribunal Superior de cometer “graves violaciones” a las garantías individuales por no haber relacionado en su sentencia las pruebas del asunto que conocieron, la controversia constitucional 328/2001, la Suprema Corte —reiterando la posición que sostuvo en casos similares—, afirmó que no es procedente el juicio político por supuestos ilícitos cometidos a través de resoluciones jurisdiccionales, a fin de salvaguardar la independencia judicial que consiste en que los tribunales desempeñen su labor “con total libertad de criterio, sin la injerencia de algún otro poder y sin relación de subordinación o dependencia de algún otro poder u órgano del Estado”, y

De ahí que las consideraciones jurídicas de una resolución judicial no puedan analizarse a través de un juicio político, porque ello implicaría vulnerar la autonomía del Poder Judicial Local, al no respetarse los principios de autonomía, de reserva de decir el derecho y de división de poderes, aunado a que ello constituiría una invasión a la esfera competencial del Poder Judicial, pues la autoridad encargada de llevar a cabo ese procedimiento se arrogaría facultades que no le corresponden.⁵⁷⁹

Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que un juicio político “no significa que exista una relación de subordinación entre el órgano controlador —en este caso

⁵⁷⁷ Cfr. Silva, José Afonso da, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, trad. de Nuria González Martín, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 67-72.

⁵⁷⁸ (I) El ataque a las instituciones democráticas; (II) el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo y federal; (III) las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales; (IV) el ataque a la libertad de sufragio; (V) la usurpación de atribuciones; (VI) cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales, cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; (VII) las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y (VIII) las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal.

⁵⁷⁹ “JUICIO POLÍTICO. NO PUEDEN CONSTITUIR MATERIA DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO, LAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE UNA RESOLUCIÓN EMITIDA POR UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE LOS PODERES JUDICIALES ESTATALES”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XX, agosto de 2004, tesis P./J. 55/2004, p. 1155. Véase *supra*, cap. quinto, nota 541.

el Poder Legislativo— y el controlado —en el caso el Tribunal Constitucional—”; en aquella ocasión, ese tribunal internacional no se pronunció especialmente sobre tal cuestión relacionada con la independencia judicial establecida en el artículo 8.1 del Pacto de San José, y en realidad resolvió el fondo del asunto declarando la violación de diversas garantías dentro del proceso de juicio político y no que éste resultaba por sí mismo contrario a esa convención. De tal modo, al ser esa afirmación un *obiter dictum*, debe tomarse con algunas reservas y leerla en el sentido de que “no necesariamente” el juicio político es un medio de sometimiento del poder judicial, en concordancia con evitar a esta rama del poder público “presiones externas”, cuando su procedencia está regulada y su trámite contiene formalidades que aseguren la defensa de los juzgadores.⁵⁸⁰

Nos parece que la concordancia entre la independencia judicial y la responsabilidad de los servidores judiciales, por lo que toca a la de tipo político, adquiere un correcto equilibrio con lo dispuesto en el referido artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y evita la posibilidad de que el juicio político sirva para subordinar a los tribunales a los parlamentos —o a quien los controle—. De acuerdo con ese precepto, los jueces gozarán de inmunidad por sus decisiones jurisdiccionales a menos que incurran en cohecho, mala fe o “franco desacato”; estos supuestos corresponden a hechos y situaciones más o menos objetivos u objetivizables, diferentes y ajenos al proceso que en que se dé la resolución cuestionada, cuya sola realización es en sí misma ilícita y por lo mismo la resolución judicial de que se trate perdería, para efectos de ese procedimiento, la presunción de legalidad de que goza y haría completamente desproporcionado para el interés de la sociedad que garantiza la independencia judicial, mantener en servicio a juzgadores que incurren en conductas indebidas, además de que haría absolutamente ineficaz la inclusión de los ministros de la Corte en el artículo 110 constitucional como sujetos de juicio político.

No perdemos de vista que el cohecho y la mala fe sean difíciles de demostrar, pero ello es una cuestión que en realidad no es trascendente para una regulación normativa del tema que nos ocupa, sino al plano de los hechos y de cada caso particular. Igualmente, al hablar de “mala fe” y “franco desacato al ordenamiento” debe considerarse que la amplitud del primer concepto y el disenso que puede haber alrededor del segundo, impiden una garantía de total certeza en sus límites y en atención a ello se les debe dar una interpretación *sumamente restrictiva*, aplicándolos sólo a aquellos casos extremos en que sea palmariamente indefendible la resolución judicial involucrada. En cuanto al “franco desacato”, no debe olvidarse que la procedencia del juicio político se halla establecido expresamente por las diversas fracciones del artículo 70. de la referida ley de responsabilidades, de manera que no cualquier incumplimiento jurídico da lugar a ese medio de responsabilidad sino sólo aquellos que encuadren en esas hipótesis legales que además, por ser expresión del *jus puniendi* estatal dadas su consecuente privación de derechos al servidor público y al posible perjuicio que podría acarrear a la división de poderes, reiteramos que deben ser interpretadas en forma *restrictivísima*.

En conclusión, podemos decir que el juicio político en general es improcedente contra los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y demás juzgadores federales y locales —aunque respecto de estos últimos a reserva de otras consideraciones—, salvo en casos excepcionálísimos en los que sea incontestable la afirmación de que no actuaron conforme a su deber de imparcialidad y de elemental respeto al orden jurídico.

⁵⁸⁰ *Supra*, cap. quinto, notas 545 y 546.

C. Responsabilidades penal, civil y administrativa

Igual a lo que sucede con la política, la inmunidad del artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se extiende a las responsabilidades penal, civil y administrativa, dado que no señala limitante y se expresa en términos absolutos acerca de su ámbito material. Sin embargo, en cada una de ellas conviene hacer abundar en sus aspectos peculiares.

Como dijimos, los delitos susceptibles de ser cometidos por los juzgadores en su actividad jurisdiccional, constituyen excepciones a la inmunidad judicial;⁵⁸¹ en tal virtud, siempre bajo la interpretación restrictiva que les impone su naturaleza penal, es evidente que en tales hipótesis los jueces no gozarían de esa prerrogativa. También debe considerarse que, en el caso de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se requiere su “desafuero” en términos del artículo 111 constitucional.

Aunque la inmunidad general a que nos hemos referido, protege a los ministros de la Corte —y a otros juzgadores, claro— del enjuiciamiento y condena al pago de los daños y perjuicios que sus resoluciones hubieran ocasionado a alguna de las partes, reiteramos que tal privilegio no se extiende a casos en que hayan actuado por cohecho o mala fe. Desde luego, la responsabilidad civil derivada de actos delictivos se ubica en alguno de esos supuestos excepcionales y prácticamente en ellos se agota la categoría que ahora comentamos; lo anterior porque como consecuencia de la necesaria interpretación restrictiva de la hipótesis excepcional de “mala fe” —única autónoma en este rubro porque la de cohecho constituye un delito—, la procedencia de responsabilidad civil de un juzgador no es tan amplia como normalmente para casos de simple contravención a leyes de orden público o a las “buenas costumbres”,⁵⁸² y debe fincarse con demasiados miramientos y sólo en casos en que con incontrovertible objetividad se aprecie una infracción verdaderamente inexcusable y grave de los deberes judiciales.⁵⁸³

Por lo tanto, fuera de dichos tipos delictivos no es fácil imaginar una situación que exceptúe a los jueces a la inmunidad civil de que generalmente gozan. Además, la procedencia de una acción de este tipo obviamente exigiría la declaración final de la invalidez jurídica de la resolución de que se trate, que haya desvirtuado su presunción de legalidad y la cual para integrantes de órganos jurisdiccionales constitucionales de carácter terminal —como la Suprema Corte— sólo provendría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁸⁴

Adentrándonos un poco en las consecuencias de la intervención de este tribunal internacional: aunque el segundo párrafo del artículo 113 constitucional y la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado se refiere a la derivada de la “actividad administrativa irregular” y no a la jurisdiccional,⁵⁸⁵ pensamos en la existencia de una responsabilidad estatal

⁵⁸¹ *Supra*, nota 575.

⁵⁸² Véase el art. 1910 del Código Civil Federal.

⁵⁸³ Véanse “INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)”, Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis VIII.5o.1 C, p. 1691; y Montero Aroca, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 109-110.

⁵⁸⁴ *Idem*.

⁵⁸⁵ No obstante, el art. 2o. de la última tiene al Poder Judicial como uno de los “entes públicos federales” al que es aplicable y dispone que sus preceptos servirán “en lo conducente” para cumplir sin distinguos los “fallos jurisdiccionales de reparación” de la Corte Interamericana, lo que sugiere al menos para órganos jurisdiccionales constitucionales de carácter terminal, una responsabilidad civil directa y objetiva del Estado.

objetiva y directa que derive de la función judicial impropriamente desempeñada. Lo anterior primeramente porque, a nuestro modo de ver, el principio de igualdad lleva a rechazar que exclusivamente en el ámbito administrativo tengan los gobernados una inmediata garantía jurídica solvente de reparación y, en segundo lugar, porque el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorga a quien haya sufrido una sentencia condenatoria “por error judicial”, el derecho a recibir una indemnización conforme a la ley —la cual que no podría válidamente hacer nugatorio este derecho—. Puesto que la reducción del catálogo de supuestos de responsabilidad civil de los juzgadores, tiende a asegurar su libertad de criterio al ejercer su función jurisdiccional, pensamos que los estrictos criterios anteriores no deben tenerse en cuenta para la responsabilidad del Estado que derive de la función jurisdiccional indebidamente realizada; de manera que la declaración de ésta no necesariamente implicaría la responsabilidad civil del juzgador si con su conducta no incurrió en alguna excepción a su inmunidad y, por ende, tampoco el derecho del Estado a repetir en su contra el pago de reparaciones que hubiere efectuado, el cual además requiere según el artículo 31 de dicha ley de responsabilidad patrimonial, la previa declaración de responsabilidad administrativa frente a la cual también esos funcionarios judiciales gozan de inmunidad.

La ley impone expresamente deberes generales a los “servidores públicos del Poder Judicial de la Federación”, para “lograr y preservar una prestación *óptima* del servicio público”, cuyo incumplimiento se sanciona con medidas que van desde la simple amonestación hasta la inhabilitación, y que pueden ser cometidas por los jueces a través de las opiniones que expresen en sus resoluciones.⁵⁸⁶ Normalmente, la inmunidad que establece el artículo 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación impide la procedencia de esta clase de responsabilidad, fuera de sus consabidas excepciones de cohecho, mala fe y “franco desacato” al ordenamiento.

La primera hipótesis no presenta dificultad atento a que esos servidores públicos tienen el deber legal de no exigir o recibir dádiva alguna y proceder con rectitud y respeto en su actuación oficial, y a la demostración de su realización no lleva necesariamente el análisis de sus resoluciones jurisdiccionales; pero las dos últimas sí requieren alguna precisión, sobre todo ante conceptos tan abiertos como “notoria ineptitud” y “deficiencia en el servicio”,⁵⁸⁷ al igual que la amplia hipótesis de “incumplimiento” a un precepto jurídico, incluidos en la ley. Una vez más, se impone en esta categoría una interpretación restrictiva de los correspondientes supuestos de responsabilidad, no sólo por dar lugar su comisión a sanciones que afectarían derechos de los juzgadores sino también por ser las sanciones previstas para esta categoría, una potencial vulneración a la independencia judicial subjetiva y no orgánicamente entendida,⁵⁸⁸ por lo que deben en nuestra opinión reservarse sólo para aquellos casos en que sea manifiestamente inexcusable la falta de que se trate.

⁵⁸⁶ Arts. 131, frs. II, III, IV, VIII, y 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 2o., 8o., frs. I, VIII —con algunos distingos— y XXIV, y 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos; y “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO”, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, tesis 2a. CXXVII/2002, p. 473 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁵⁸⁷ Véase “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. INTERPRETACIÓN DE LA CAUSA PREVISTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. IX, mayo de 1999, tesis P. XXV/99, p. 25.

⁵⁸⁸ Puesto que en el ámbito federal son órganos del Poder Judicial quienes resuelven sobre su aplicación, conforme al art. 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

D. *Notas finales*

Una conclusión muy general puede sacarse de todo lo anterior: por la difícil realización y demostración de los supuestos en que no se benefician de esa prerrogativa, todos los jueces federales mexicanos son prácticamente inmunes a cualquier clase de responsabilidad personal que se les pueda atribuir, sea política, penal, civil o administrativa. Solamente en casos *tan extremos* que a todas luces y sin posibilidad de discrepancia, se considere que inexcusablemente algún juzgador incurrió en alguna falta podría fincársele alguna clase de responsabilidad, de modo que ésta se restringe únicamente a hipótesis evidentemente indispensables para una mínimamente adecuada administración de justicia.⁵⁸⁹ Obviamente, lo anterior incluye a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con reservas pertinentes —como la previa declaración de procedencia penal—, a cuyo respecto pueden hacerse algunos comentarios adicionales.

El confinamiento que se debe dar a la interpretación de la procedencia de la responsabilidad política de estos altos funcionarios judiciales, reduce su alcance a aquellos casos en que ellos pudieran cometer un “*attentato*” a la ley fundamental, en la incomparable expresión del artículo 90 de la Constitución italiana; no bastaría un simple desacato a la Constitución en su interpretación o aplicación, para que se someta a los ministros de la Corte a un juicio político, sino que ella debe ser tan dolosa que constituya un auténtico *coup d'état* de los jueces constitucionales y, por lo mismo, francamente improbable. Con un parámetro de gravedad apenas menor, pero siempre bajo una interpretación restrictivísima, las responsabilidades penal, civil y administrativa de los ministros de la Corte se reduciría a un mínimo esencial.

Respecto de la última clase de responsabilidad cabe notar además que sólo podría fincarse por los mismos ministros de la Suprema Corte, conforme a la fracción I del artículo 133 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Esto daría lugar, por la necesaria imparcialidad que debe poseer el órgano encargado de su resolución, a la *absoluta improcedencia* de la responsabilidad administrativa contra dichos juzgadores, al menos por lo que toca a resoluciones del Pleno de la Corte, en tanto los ministros encargados de sustanciar el procedimiento respectivo se encuentren en alguna manera involucrados en el asunto de que se trate; desde luego, sería prolijo ocuparnos de cada uno de los casos que podrían darse en este escenario, pero en todos ellos se encuentra latente esta consideración.

4. *Control social. La Corte ante la academia y la sociedad*

Finalmente, es muy claro que los “controles débiles” que el ordenamiento establece para el control de la actuación jurisdiccional de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son, aparte de naturalmente endebles, de remota eficacia por sus extremas hipótesis de procedencia y las dificultades prácticas de su realización; de manera que en términos prácticos podemos tenerlos por casi inexistentes. Por ello, aparte de que pudiera decirse respecto de la Corte Interamericana cuya supervisión no abarca todos los supuestos de irregularidad constitucional, el *único medio de control* —aunque parezca ilusorio— que puede tenerse sobre las resoluciones de la Suprema Corte y en concreto su interpretación constitucional, será el que pueda ejercer la opinión pública a su respecto.

⁵⁸⁹ Cfr. “ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS DE PODERES JUDICIALES LOCALES. PARÁMETROS PARA RESPETARLA, Y SU INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LOS SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO Y RATIFICACIÓN”, Pleno, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis P./J. 44/2007, p. 1641.

En el ejercicio de esta clase de control es fundamental la tarea de la academia jurídica, que adquiere con él otra zona de influencia en la interpretación constitucional añadida a la provisión de construcciones teóricas que la orienten.⁵⁹⁰ Los comentarios y la crítica razonada de las sentencias de la Suprema Corte que realizan los profesores e investigadores jurídicos, precisamente, contribuyen en primer lugar al entendimiento normativo de la Constitución y a dar a la jurisprudencia la relevancia que le corresponde como fuente jurídica,⁵⁹¹ y a partir de ello servir no sólo de un control informal de la Suprema Corte sino de instrumento utilísimo para la renovación ideológica y dogmática de los criterios judiciales. Actualmente en México, no sin algunas dificultades, varias revistas jurídicas⁵⁹² —destacando las editadas por la UNAM— ofrecen secciones especialmente dedicadas a los comentarios de la jurisprudencia constitucional, ya sea sobre temas amplios o resoluciones concretas; con esto se ve ya en nuestro país una incipiente cultura de examen de las resoluciones judiciales, impulsada sin duda por el protagónico papel que adquirió la Suprema Corte gracias a la reforma constitucional de 1994 y a la emulación de la situación de otros países en donde esta práctica es habitual.

Obviamente, la crítica académica de las resoluciones de la Suprema Corte y otros tribunales se inscribe en un proceso de apertura democrática de la interpretación y aplicación del derecho. En no pocas ocasiones, cuando los medios de comunicación acuden a ella, hace las veces de “traducción” del lenguaje judicial al público general, que de ese modo puede formarse alguna idea que le permita evaluar la actuación de los tribunales y sus repercusiones; ello se encamina a lograr una libre discusión *dentro* la sociedad, exigida por el régimen democrático, aunque no resulte en un consenso social unánime o amplio alrededor del juicio constitucional. El ejercicio de la libertad de expresión académica jurídica por lo mismo trae consigo una *grave responsabilidad*, al ser un medio por el cual la ciudadanía puede informar su criterio sobre el desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de otros tribunales como el Electoral —con relevancia social enorme y aun inconmensurable, como se demostró en las elecciones de 2006—; responsabilidad que es agravada por la real o supuesta autoridad profesional con que hablan los académicos de las resoluciones de los tribunales, y en la cual deposita el público su confianza.

No menos importantes son los medios de comunicación, muchas veces el vehículo por el cual la opinión académica se expresa. La discusión y análisis democrático más o menos amplios de casos judiciales relevantes, que posteriormente den lugar a un consenso social suficiente para mantener la legitimidad de los tribunales, salvo muy contadas excepciones sólo podrían tener lugar a través de la difusión mediática de las diversas opiniones que susciten las resoluciones judiciales; esto parece haberlo tenido muy presente la Corte al incluir entre las atribuciones de su Comité de Comunicación Social y Difusión, “promover la cultura jurisdiccional en la opinión pública” y velar por la “transparencia y fidelidad” de la

⁵⁹⁰ *Supra*, § I.3; y cap. quinto, § V.

⁵⁹¹ *Cfr.* Cossío Díaz, *Dogmática...*, *cit.*, nota 30, pp. 68-69.

⁵⁹² Y aquí se puede apreciar otro carril en el que transitan a la vez el tribunal y la universidad: la importancia del análisis de temas de frontera y, para nuestro actual tópico, la evaluación de su aplicación en la práctica judicial; no dejamos asimismo de referir la cuestión también a la “democratización” de la discusión jurídica, que enseguida abordaremos, a través de la difusión de esas publicaciones. *Cfr.* Carbonell, Miguel, “Reflexiones sobre la enseñanza del derecho constitucional”, *Cauces*, México, UNAM, Facultad de Derecho, año II, núms. 5-7, enero-septiembre de 2003, pp. 14-15.

información que difunde,⁵⁹³ y no menos podemos decir de su labor en materia de transparencia.⁵⁹⁴

Se dan en nuestro país importantes esfuerzos, tanto por la academia como por el Poder Judicial federal, para alentar la revisión pública de la actuación de la Suprema Corte y otras instancias, a los cuales se suma la atención de los medios escritos y electrónicos que deriva de la relevancia política que en los últimos años han adquirido nuestros tribunales. Aunque no podemos hablar de una completa “democratización” o “academización” de la interpretación y aplicación constitucionales, como una sistematizada vigilancia social sobre los órganos jurisdiccionales, hay pasos importantes en esta dirección; sobre todo en un país con las carencias (económicas, cívicas, educativas, etc.) de México, el efectivo control social de la jurisdicción constitucional es sin duda difícil de realizar, pero en un régimen político y jurídico como el nuestro no cabe otra posibilidad que admitir a la sociedad como el último garante de los valores esencialísimos del orden fundamental de la Constitución: dignidad humana, libertad y democracia.

⁵⁹³ Art. 117 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁵⁹⁴ Véase *supra*, § V.1.B.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO PRIMERO PERFILES CONTEMPORÁNEOS DE LA INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL

PRIMERA. La interpretación jurídica es la acción —y el resultado de la misma— de *dar significado a los textos que contienen la expresión del derecho*. Esta actividad se lleva a cabo refiriendo el sentido abstracto del texto jurídico a un contexto fáctico determinado, especificándolo para éste —“traduciéndolo”, como habitualmente señala la hermenéutica—; dicha especificación se logra mediante la creación de un enunciado similar a la disposición textual, no idéntico porque ya considera los elementos del contexto de referencia que son completamente ajenos a ella, que exprese los derechos y obligaciones que el sentido de aquélla impone a éste. Toda interpretación implica parcialmente una creación original del sujeto que la realiza.

SEGUNDA. La interpretación es una operación indefectible en la aplicación del derecho, es decir en la calificación jurídica de hechos o conductas. No existen disposiciones de derecho tan claras que no la requieran, tanto porque a fin de establecer esa claridad es necesaria la acción interpretativa, como porque el lenguaje posee una “textura abierta” natural que siempre lo hace vago en alguna medida; de manera que siempre es indispensable especificar el sentido del texto jurídico y el modo en que se refiera al contexto en que se aplicará.

TERCERA. La hermenéutica es la ciencia de la interpretación. Aunque se apoya en la epistemología o teoría del conocimiento, no se confunde con ésta sino la trasciende; la última sólo contempla la relación entre objeto y sujeto del conocimiento, a los cuales la hermenéutica agrega otro elemento: el autor. Sintéticamente, la labor de la disciplina interpretativa se resume en que sirve para establecer cómo en su contexto el intérprete da significado a la intencionalidad del autor expresada en el texto.

CUARTA. Los extremos en que se mueve la hermenéutica general son las posiciones *univocista* y *equivocista*. La primera sostiene que los textos tienen un único sentido y significación cuyo descubrimiento es labor del intérprete, y para ella sólo será correcta esta actividad en tanto dicho sujeto acierte en dar con aquéllos; debe rechazarse esta postura ya que soslaya la participación activa del sujeto en la interpretación, por la cual el texto podría adquirir diversos significados que refutarían su tesis esencial. Al negar la posibilidad de un conocimiento objetivo del sentido y significado del texto, el equivocismo permite que haya múltiples interpretaciones del mismo y que algunas de ellas se encuentren tan alejadas de la intencionalidad del autor, que produzcan su pérdida; en sus versiones radicales lleva al solipsismo que daría tantas interpretaciones como haya sujetos que las realicen, o al nihilismo que despoja al texto de cualquier contenido semántico; por fundarse en el relativismo que se autorrefuta negando la posibilidad del conocimiento verdadero y por lo tanto aun el de esta misma aseveración, la postura equivocista también es repudiable.

QUINTA. La *hermenéutica analógica-icónica* (o simplemente “*analógica*”) sugiere una posición intermedia entre las anteriores: reconoce que el texto tiene un sentido objetivo, pero admite que es posible otorgarle diversos significados. Según ella, los signos en que se formula el texto no pueden tener una referencia unívoca a los objetos que denota, pero tampoco una completamente arbitraria, sino han de caracterizarse como “íconos” al poseer un sentido objetivo central y otros posiblemente establecidos de modo variable, pero relacionados con éste. Su tesis central consiste en que las diversas interpretaciones sean “análogas” al sentido objetivo que la intencionalidad del autor dio a su texto, es decir que mantengan una semejanza

—no identidad— con su modelo en un rango “razonablemente proporcionado”; lo anterior permitiría que las diversas interpretaciones admisibles del texto se jerarquicen según el grado de cercanía con el sentido objetivo de éste, en las circunstancias del contexto al que se referirá dicho significado.

SEXTA. Aunque la ineluctable injerencia de la subjetividad del intérprete en la comprensión de los textos, conduce a cierto relativismo, no hace perder objetividad al resultado de la interpretación. Ésta se logra a través de un consenso racionalizado entre los integrantes de la comunidad que sea relevante al acto de interpretación, y considerando que aun las perspectivas particulares están orientadas por el objeto real al que apuntan, por lo que son sencillamente una referencia al mismo. Impone lo anterior que la interpretación no tienda a la (inalcanzable) objetividad absoluta del texto, sino a una de carácter “débil”.

SÉPTIMA. Se da la interpretación a través de una decisión del operador jurídico por medio de la cual resuelve dar cierto significado al texto; cómo y por qué debe adoptarse esa decisión, es una cuestión que corresponde resolver a la metodología jurídica. Ésta ha superado ya las concepciones positivistas decimonónicas que desconocían la interpretación al suponer que al ser “claro” un texto no la requería, y sostenían el modelo de subsunción lógica como exclusivo procedimiento de aplicación del derecho. Aunque todavía se conserva necesariamente el silogismo como estructura lógica general de la aplicación jurídica, la conclusión aplicativa del derecho se basa en una intrincada argumentación general que sostiene su conclusión, la cual tiene esa calidad porque se basa en discursos argumentativos parciales —los cuales a su vez también pueden adquirir un alto grado de complejidad— que respectivamente apoyan las premisas que dan lugar a ella; una de éstas es la que sostiene el significado de las disposiciones relevantes al caso, referido a los hechos que constituyen el caso particular para obtener su calificación jurídica.

OCTAVA. Los tradicionales “métodos” (literal, sistemático, etc.) de interpretación jurídica no son, y Savigny nunca los pretendió como tales, procedimientos que señalan el curso que debe seguir esa actividad para obtener resultados válidos; se trata simplemente de aspectos esenciales a las disposiciones jurídicas y que por lo mismo deben todos considerarse en la interpretación, los cuales fundan sólo “puntos de vista metódicos” desde los que ella puede abordarse.

NOVENA. El método de la interpretación jurídica es sólo uno: la *argumentación dialéctica*; ésta impone la formación de uno o varios discursos que aportan razones por las cuales ha de adoptarse o rechazarse una hipótesis interpretativa, confrontando a ésta y los argumentos que la promueven con los que vayan en su contra; tal procedimiento debe imperar en la interpretación jurídica tanto en la desarrollada a través de un diálogo real entre dos o más sujetos, como para la que realiza un mismo individuo. El criterio de validez de la decisión interpretativa es la “razonabilidad”, la cual no se limita a la simple validez formal de la decisión sino que a ella agrega la adecuación del conocimiento hermenéutico a las limitaciones y circunstancias del contexto histórico de la interpretación, así como el imperativo de renunciar a alcanzar resultados absolutos; esto se debe a que los criterios de razonabilidad decisivos para la interpretación, derivarán finalmente de una cierta ideología, es decir un conjunto de fines y valores que orientan esa actividad.

DÉCIMA. Por la complejidad metodológica de que se reviste y las implicaciones políticas y sociales que tiene; el juicio procesal es el modelo de aplicación jurídica y por consiguiente la interpretación que en él se realiza también será paradigma de esta actividad. La interpretación jurisdiccional tiene peculiaridades que inciden en la formación de las precomprensiones y el sentido de su subjetividad, y por lo tanto en el resultado de la interpretación: la ideología de la función jurisdiccional que mantenga la tradición a la que pertenezca el legislador, los hechos

que constituyen el litigio y otros aspectos personales de ese operador jurídico. Para controlar la influencia de los elementos anteriores y en general garantizar la razonabilidad de la decisión jurisdiccional, las resoluciones jurisdiccionales deben mostrar con detalle y lo más explícitamente posible los argumentos sobre los que se apoyan.

CAPÍTULO SEGUNDO LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN

PRIMERA. La interpretación jurídica parte de una teoría general basada inmediatamente en la filosofía jurídica y mediatamente en la filosofía general, o sea la disciplina que dentro de ésta analiza la actividad interpretativa: la hermenéutica. En tal virtud, la interpretación constitucional es *análoga* a cualquier otra, sea o no jurídica; sus semejanzas les hacen compartir bases fundamentales más o menos amplias, y sus diferencias tener metodologías diversas y otras peculiaridades a las que es preciso atender.

SEGUNDA. Aunque a cualquier persona es factible interpretar la Constitución, en aras de la seguridad jurídica se requiere que un órgano estatal fije la validez de la lectura que deba recibir. Lo idóneo es que sea un *órgano jurisdiccional* quien interprete definitivamente la Constitución porque: 1) su interpretación sería *calificada* dada la calidad profesional de los jueces, que gozaría de una presunción de idoneidad; 2) la misma sería *casuística* y establecería el sentido de la Constitución en situaciones reales y concretas; y 3) la *imparcialidad* idealmente característica de los tribunales apunta a que no se utilizaría la interpretación para fundar manipulaciones de la Constitución.

TERCERA. La Constitución es el *ordenamiento jurídico fundamental* de la vida social, por contener los fines y aspiraciones a los que tiende la colectividad. Por esa razón, la ley fundamental utiliza en su lenguaje conceptos morales —en el más amplio sentido— y axiológicos que tienen importantes repercusiones para su interpretación, porque requieren ser concretizados al aplicarse; ello ha dado lugar a una concepción constitucional más amplia que tenerla sólo como un mero límite formal al ejercicio del poder público: impone deberes materiales a los actores sociales, con una impronta ética. Además, su carácter de ordenamiento primario de la sociedad obliga a que su interpretación permanezca abierta a los diversos factores que la vida colectiva, para nutrirse de ellos y también poder influirlos normativamente.

CUARTA. Aunque desde hace mucho se superó la idea de que la Constitución no es una fuente jurídica, esta dimensión de la ley fundamental hoy sigue en disputa pero ahora respecto de cuáles son los elementos que integran el ordenamiento fundamental. La doctrina francesa del *bloc de constitutionnalité* ha llevado a cuestionarnos si como tales deben contarse sólo las disposiciones formalmente constitucionales, o pueden agregarse otras fuentes jurídicas que a pesar de no ser integrar el texto de la ley suprema tienen carácter “fundamental”, en especial los tratados internacionales sobre derechos humanos. Diversos países europeos y latinoamericanos han seguido esta corriente, y la tendencia general sobre este punto es otorgar de alguna manera esa calidad “fundamental” a elementos diversos a la Constitución formalmente considerada.

QUINTA. Por ser un ordenamiento de carácter fundamental, la Constitución tiene que expresarse en enunciados indeterminados que mantienen un amplio margen de apertura semántica. La ley suprema utiliza “conceptos jurídicos indeterminados” y otros “esencialmente controvertidos”; los primeros son naturalmente vagos y sólo casuísticamente puede establecerse si refieren o no a un determinado objeto; los segundos, aparte de la anterior característica, denotan cualidades éticas y axiológicas que obligan a su definición dialéctica.

Además, muchas de las disposiciones constitucionales son normas jurídicas conocidas como “principios”; éstos tienen una estructura diferente a la condicional —o mantienen ésta con gran imprecisión— y requieren una interpretación desde posiciones éticas, con lo cual su aplicación resulta indeterminada. Esta falta de concreción del texto constitucional lleva a que el operador jurídico le dé una interpretación discrecional y creativa; sin embargo, lo anterior no hace ilegítima su labor porque la misma Constitución lo autoriza a ello al usar tales conceptos abiertos, además de que el mismo texto sirve al intérprete de parámetro que orienta la corrección de su actividad.

SEXTA. También por su carácter fundamental se espera que las normas constitucionales perduren en el tiempo y no sufran modificaciones constantemente; ello lleva a cuestionar si su interpretación debe cambiar diacrónicamente. El *originalismo* responde que la interpretación constitucional debe permanecer fiel a la intención que tuvo su autor al expedirla, y rechaza la posibilidad de que sufra cambios de dirección; la doctrina de la *Constitución viviente*, por el contrario, afirma que la interpretación de la ley fundamental debe mudar a lo largo del tiempo para ajustarse a las condiciones sociales y a las expectativas actuales de la sociedad, y en una elaboración más radical sostiene que para ello los intérpretes aun deben apartarse de la letra constitucional e “interpretarla” en un sentido que corresponda a su tiempo. Ambas posiciones son deficientes: la primera esencialmente porque impide la renovación de la legitimación política substancial de la Constitución; la segunda en su posición radical diluye por completo la seguridad jurídica que brinda la ley fundamental al postular que sus intérpretes pasen por encima de su texto, aunque su versión moderada logra actualizar las normas constitucionales.

CAPÍTULO TERCERO JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

PRIMERA. Los derechos humanos reconocidos internacionalmente constituyen normas de “orden público internacional” y tienen el carácter de *jus cogens*, es decir normas jurídicas imperativas para la comunidad de Estados, cuyo cumplimiento no puede someterse a su voluntad. Aunque todavía discutible, esta tesis goza hoy de amplia aceptación.

SEGUNDA. Los tribunales internacionales *ad hoc* que generalmente establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos, son las instancias que definen la interpretación de esos instrumentos. Tienen atribuciones de carácter contencioso y consultivo que ejercen respectivamente para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales y orientar a los Estados en el cumplimiento de los tratados a que corresponden. Su competencia se encuentra delimitada por el principio de subsidiariedad, según el cual toca primeramente a los Estados garantizar en su ámbito doméstico el cumplimiento de los derechos humanos internacionales, de manera que sólo pueden actuar ante la falta de los órganos nacionales a las obligaciones que les impone el derecho internacional.

TERCERA. El incumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, produce la responsabilidad internacional del Estado; sin embargo, ello no implica una afectación a su soberanía, porque su vinculación a esos instrumentos resulta de su propia voluntad.

CUARTA. Los derechos humanos internacionales y los derechos fundamentales, coinciden en objeto e incluso pueden identificarse; por lo tanto, su relación es indebidamente enfocada desde una óptica “conflictivista”. La mejor técnica para la articulación entre los regímenes internacional y doméstico sobre los derechos humanos internacionales, es la aplicación del principio *pro homine* que dispone la prevalencia de la norma jurídica que otorgue con más

amplitud el goce de un derecho o restrinja más sus limitaciones, sea de origen externo o interno al Estado.

QUINTA. Para cumplir sus obligaciones sobre derechos humanos y no incurrir en responsabilidad, el Estado debe mantener una apertura constante al derecho internacional de la materia. Tal imperativo se refuerza cuando éste es de tipo “constitucional democrático” y se hace de la dignidad humana su valor fundamental, porque así responde a un ideal moral de esta clase de organización política en dos sentidos: la consolidación de ese valor básico para él y la solidaridad con la comunidad internacional en su salvaguarda. El Estado constitucional democrático, por lo anterior, integra a su ordenamiento jurídico un principio de “afabilidad al derecho internacional” que adquiere especial relevancia en el ámbito de los derechos humanos, el cual ordena la interpretación y aplicación de su regulación doméstica de una manera conforme a las normas internacionales.

SEXTA. De los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se desprende que los tratados internacionales deben interpretarse conforme a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales internacionales encargados de definir su sentido. Para dar cumplimiento cabal a las obligaciones que esos instrumentos les imponen, los Estados deben aplicar sus estipulaciones de la manera que indique la jurisprudencia de dichos tribunales, lo que supone una permanente atención y apertura a los criterios que expresan sus resoluciones contenciosas y consultivas.

SÉPTIMA. La Unión Europea representa un fronterizo desarrollo político —y en consecuencia constitucional— que plantea importantes problemas. A pesar de las vicisitudes de su evolución, en ese proceso de integración supranacional se observa una constante voluntad de protección a los derechos humanos. En la confluencia de los órdenes internacional, supranacional y doméstico sobre los derechos humanos, es notable que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tome al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y a su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo, para fundar líneas jurisprudenciales en esta materia, lo que hace del *corpus juris* que ambos órganos configuran con su actividad el referente europeo sobre protección a los derechos fundamentales.

CAPÍTULO CUARTO JURISDICCION CONSTITUCIONAL

PRIMERA. “Tribunal constitucional” es el órgano jurisdiccional estatal que tiene a su cargo la interpretación definitiva de la Constitución, sin importar que además posea otras competencias o se integre formalmente a la estructura del poder judicial ordinario.

SEGUNDA. La jurisdicción constitucional cumple una función política en el más amplio sentido, por partida doble: el objeto de su control es la ley que regula la organización política estatal y social tanto material como orgánicamente; y regula y coordina la vida social al optar con su interpretación por una entre diversas alternativas de significado de las disposiciones fundamentales, pero no de manera diferente a lo que hace cualquier otro tribunal.

TERCERA. La legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional deriva por una parte de que sus integrantes sean designados por representantes populares, y por la otra de la autoridad que les confiere la Constitución para interpretarla. En tal virtud, aunque generalmente sus resoluciones tengan una tendencia contramayoritaria, no resultan antidemocráticas.

CUARTA. A pesar del gran poder que tienen los tribunales constitucionales por la amplitud de los términos de la ley que aplican y la trascendencia sociopolítica de sus resoluciones, no pueden ejercer omnímodamente su competencia. Los límites de su actuación son: la naturaleza

jurisdiccional de su función, que les impide actuar *motu proprio* y los restringe a las exactas cuestiones que les son planteadas; y los principios de división del poder y democrático que establece la Constitución, que les impelen a respetar las competencias de los órganos estatales bajo su control. En último término la restricción más importante a la jurisdicción constitucional es el texto de la ley fundamental; al expresarse éste con signos lingüísticos objetivos y que tienen posibilidades semánticas finitas, sólo será legítima la actuación de los tribunales encargados de aplicarlo en tanto se mantengan dentro del ámbito de significación que dicho texto admita.

QUINTA. Son ineficaces como supuestos límites a la jurisdicción constitucional las doctrinas de las “cuestiones políticas injustificables” y la “autorrestricción judicial”. La determinación de ambas se encuentra a disposición del órgano que pretenden restringir, por lo que no pueden controlar a éste en modo alguno; además, el recurso a ellas puede ocasionar que los tribunales constitucionales eludan resolver asuntos que sí les corresponde decidir, y de tal manera se impediría un control efectivo sobre la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos.

SEXTA. Los tribunales constitucionales tienen una importante función en la consolidación del orden liberaldemocrático. Por medio de sus resoluciones responden de la mayor o menor eficacia de las disposiciones constitucionales, y también cumplen la función política de reforzar los principios de la ley fundamental informando a la sociedad de los alcances de sus derechos; su jurisprudencia es un reflejo de la evolución política de la vida colectiva.

CAPÍTULO QUINTO LOS PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN JURISDICCIONAL

PRIMERA. La metodología tradicional, apoyada principalmente en los llamados “métodos” de interpretación, es insuficiente para dar cuenta de los aspectos esenciales de la interpretación constitucional y constituir un procedimiento que asegure la validez de sus resultados. Se requiere que la interpretación de la ley fundamental se base en una postura hermenéutica que desde sus bases fundamentales, provea una comprensión de la naturaleza de esa actividad y brinde postulados generales que deba satisfacer.

SEGUNDA. La hermenéutica analógica es adecuada a la interpretación constitucional porque admite que las disposiciones fundamentales tengan diversos sentidos, pero sin admitir cualquiera como válido. Lo anterior da suficiente flexibilidad a esa operación jurídica al hacer posible que sus enunciados se adecuen a diversas situaciones históricamente cambiantes, y puedan tenerse en cuenta a diversos puntos de vista para ella, lo que es de particular relevancia en las sociedades actuales tan heterogéneas; sin sacrificar que se alcance la objetividad de la interpretación y se realice la seguridad jurídica que la Constitución está llamada a satisfacer.

TERCERA. Desde una perspectiva hermenéutica la interpretación constitucional se ve como una ciencia y un arte. Es lo primero porque implica la sistematización racional de los conocimientos que adquiere al llevarse a cabo; lo segundo, principalmente porque tienen injerencia en su realización la sensibilidad moral e intelectual del sujeto que la efectúa.

CUARTA. La argumentación que sostiene las resoluciones de los tribunales constitucionales, que entrañan las relativas a su interpretación constitucional, tiene un doble propósito: asegurar la razonabilidad de sus decisiones y persuadir a los integrantes de la sociedad para lograr que sus resoluciones sean aceptadas por el consenso amplio de los integrantes de la sociedad, obteniendo de ese modo legitimidad su labor. El conflicto entre

ambos fines debe resolverse a favor del primero, que se adecua más a las funciones que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional.

QUINTA. Las dificultades más generales que se presentan a la interpretación jurisdiccional de la Constitución, son: la existencia de lagunas en el texto fundamental, es decir la ausencia de disposiciones que inmediatamente rijan los casos que enfrentan; y las frecuentes antinomias que se dan entre las normas constitucionales, dada la indeterminación de los términos de la Constitución. Dichos problemas obtienen solución respectivamente a través de la “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales, que consiste en hallar sistemáticamente sus implicaciones mediatas; y la aplicación del principio de proporcionalidad que, en términos generales, establece parámetros para que un bien constitucional sólo se sacrifique en la medida estrictamente indispensable para satisfacer a otro.

SEXTA. La dogmática constitucional formó un conjunto de parámetros para la interpretación constitucional, los cuales responden a problemas hermenéuticos que ha enfrentado, y que por su importancia denominó “principios”. Aunque responden también a postulados ideológicos formulados normativamente, los principios de la interpretación constitucional tienen el carácter de *regulae juris constitutionalis*. Entre los generalmente aceptados se encuentran los siguientes: 1) plena fuerza normativa de la Constitución; 2) unidad constitucional; 3) autonomía y supremacía de la Constitución frente al derecho ordinario; y 4) atención a las consecuencias sociales y políticas. Actualmente se hallan en vías de consolidación los que imponen la referencia al derecho internacional de los derechos humanos y a la comparación jurídica.

SÉPTIMA. En general sobre los órganos jurisdiccionales pueden ejercerse controles político, jurídico y social. Al menos en el orden doméstico, porque muchos tribunales constitucionales están supeditados a la jurisdicción internacional, el control más viable a su respecto es el social que ejerce la opinión pública y en particular la académica, a fin de mantener la independencia de esos órganos y el carácter definitivo de su actuación.

CAPÍTULO SEXTO PANORAMA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRIMERA. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es un órgano jurisdiccional porque tiene como principal función la resolución de litigios, actuando con independencia e imparcialidad. Como la mayoría y los más importantes procesos de que conoce, tienen por objeto resolver en última o única instancia controversias sobre la aplicación de las normas de la ley fundamental, y por eso da la interpretación definitiva de las disposiciones de ésta, la Suprema Corte es un tribunal constitucional.

SEGUNDA. Como cualquier otro órgano de esa clase, la Suprema Corte se encuentra limitada por la naturaleza jurisdiccional de su función y por el sistema que establecen los principios constitucionales de división del poder y democrático.

TERCERA. Tradicionalmente la doctrina de las “cuestiones políticas” como límite de la actuación jurisdiccional, ha tenido en México aun más relevancia que en los Estados Unidos porque se arraigó como un principio general del ordenamiento jurídico y no como uno aceptado autónomamente por los tribunales. Empero, el desarrollo político mexicano de las últimas décadas, mediante la ampliación de su competencia ha permitido que los órganos jurisdiccionales conozcan cada vez más sobre temas “políticos”, cuyo estudio por ellos era impensable; lo que reditúa a la mayor eficacia normativa del orden constitucional.

CUARTA. Aunque debido a la tradicional exclusión de los asuntos políticos de las competencias judiciales, la Suprema Corte normalmente ejerce una “autorrestricción” en su labor; en casos muy difíciles —que afortunadamente son prácticamente excepcionales— realiza una interpretación extensiva de su ámbito competencial.

QUINTA. No es novedoso que desde la reforma constitucional de 1994, la Suprema Corte sea un protagónico actor político en México y un indispensable catalizador de la transición democrática de nuestro país; habiendo desde entonces afianzado su autoridad como tal. Pero hoy lo interesante de este aspecto son los horizontes que se le abren en el ejercicio de su función, para la consolidación de un régimen liberaldemocrático mexicano: la Corte tiene una importante responsabilidad en la tutela de los derechos fundamentales y la sólida vigencia de los valores democráticos en la sociedad mexicana; el examen de su actuación en estos rubros da un resultado en general favorable a su labor, aunque no puede soslayarse que con frecuencia dicta resoluciones que implican un retroceso en estos rubros.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Y OTROS TRIBUNALES MEXICANOS)

PRIMERA. La metodología interpretativa ha evolucionado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: en la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación* se mantenía un concepto en general univocista de dicha actividad; hoy se admite que ella no es un procedimiento formal y que se pueden adoptar diversas perspectivas. Sin embargo, en la jurisprudencia mexicana actual —incluyendo la de la Corte— está firmemente arraigado el catálogo de “métodos” literal, sistemático y otros, que tradicionalmente incluye la metodología jurídica.

SEGUNDA. Formalmente la doctrina no es fuente de derecho en México. No obstante, en ocasiones los tribunales han subrayado su importancia para la formación conceptual y sistematización del ordenamiento jurídico, y nada insólito es que muchas sentencias refieran posiciones doctrinales en sus fundamentos —particularmente las de la Corte— o de manera muy explícita se cobijen bajo corrientes académicas específicas.

TERCERA. A grandes rasgos, la Suprema Corte concibe la interpretación constitucional como un procedimiento flexible que debe realizarse con un criterio teleológico, buscando la realización de los valores y principios de la ley fundamental, y excluyendo su lectura formalista y literalista estricta.

CUARTA. Por diversas razones, en México no había tenido importancia la jurisprudencia de los tribunales hasta en años relativamente recientes; ello probablemente se deba a la relevancia política que adquirieron la Suprema Corte y los tribunales electorales. Es una práctica generalizada en nuestro país considerar únicamente como jurisprudencia a las tesis que publican los órganos judiciales, publicadas bajo una identificación sistemática que abstrae el criterio de que se trata de la resolución correspondiente. Sin embargo, tanto de los principios generales de la materia —sobre todo el de igualdad— como de disposiciones legales expresas, se desprende que la jurisprudencia no sólo consiste en dichas tesis sino también, y acaso con mayor importancia, en los criterios razonados que se contienen en las *ejecutorias judiciales*, se hayan sistematizado o no.

QUINTA. La Suprema Corte tiene a la Constitución como un elemento jurídico, supremo y de aplicabilidad inmediata. En sus decisiones de la reciente década se aprecia un creciente acercamiento a los postulados axiológicos del neoconstitucionalismo europeo, que ha ocasionado la interpretación extensiva de las disposiciones fundamentales y que considere a

muchas de ellas como “principios”, aunque en general todavía no se advierte la formación jurisprudencial de límites claros y precisos a las implicaciones de esa dirección teórica. Elementos importantes para este tema es la consolidación de la “interpretación conforme a la Constitución”, modalidad que no le era novedosa pero que ha cobrado relevancia en los últimos años bajo esa denominación; y la incipiente recepción de la doctrina alemana de la *Drittwirkung* o eficacia directa entre particulares de los derechos fundamentales.

SEXTA. Es improbable que en México veamos pronto la integración expresa de un “bloque de constitucionalidad”, debido a que la Suprema Corte no ha mantenido un curso firme sobre el tema, y en general le ha dado respuestas ambiguas; pero sus recientes decisiones muestran una apertura al tema, sobre todo tratándose de instrumentos internacionales.

SÉPTIMA. En términos generales, la interpretación de la Suprema Corte ha procurado dar a las disposiciones constitucionales la mayor eficacia posible. Buen ejemplo de ello es la doctrina que construido sobre el régimen jurídico municipal, a través de la formulación de diversos principios inspirados por la máxima eficacia de la autonomía de los ayuntamientos. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales el balance no ha sido muy bueno, porque en diversas ocasiones la Corte privilegió interpretaciones restrictivas a su goce, aunque a través de su interpretación ha “descubierto” derechos que no expresa el texto constitucional como el de relativo a la vida privada.

OCTAVA. La unidad de la Constitución que obliga a su interpretación sistemática es el principio hermenéutico más arraigado en la jurisprudencia mexicana, y su aplicación es prácticamente general en las resoluciones de los tribunales de nuestro país; de él también deriva la consideración de que las disposiciones constitucionales tienen la misma jerarquía y ninguna prevalece de antemano sobre otra. De lo anterior también se observa la firmeza de los subprincipios de concordancia práctica y corrección funcional en la jurisprudencia mexicana, particularmente aplicados para la delimitación competencial de los órdenes de gobierno. La jurisprudencia mexicana ya recibió el principio de proporcionalidad, pero se observa que su aplicación no se tiene por generalmente imperativa y su uso todavía es errático e incluso caprichoso, sin que normalmente se empleen sus parámetros metodológicos más que de manera formalmente declarativa. La sujeción al precedente jurisprudencial, con base en el principio *stare decisis*, es una práctica frecuente y bien establecida —aunque no perfectamente— en México.

NOVENA. Dado el carácter supremo que atribuye a la Constitución, la Suprema Corte ha mantenido la idea de que su interpretación no puede supeditarse a las normas ordinarias. En la práctica, sin embargo, es frecuente que ella acuda a la legislación secundaria a efecto de corroborar el sentido que otorga a las disposiciones fundamentales.

DÉCIMA. No es frecuente que la jurisprudencia mexicana expresamente diga que consideró los efectos prácticos de sus decisiones para adoptarlas, aunque pueden encontrarse ejemplos de ello y el tribunal constitucional de nuestro país ha señalado que considera su importancia. Últimamente, la Corte ha mantenido una actitud de apertura hacia la sociedad, que revela su intención de afianzar su legitimidad como intérprete definitivo de la Constitución.

UNDÉCIMA. Sólo en los últimos años se ha notado la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte, aunque ella ha sido creciente; tradicionalmente, la práctica de ese tribunal había permanecido cerrada, salvo en algunos casos, a la aplicación de normas internacionales, y aun rechazado la aplicación *pro homine* de normas iusfundamentales bajo el argumento de la “supremacía” constitucional. Se advierte que a partir del último año los órganos jurisdiccionales mexicanos, en particular la Suprema Corte, ya invocan explícitamente la jurisprudencia de tribunales internacionales a los

cuales se encuentra sometido el Estado mexicano como la Corte Internacional de Justicia y la Interamericana de Derechos Humanos.

DUODÉCIMA. La comparación jurídica ha sido un recurso instaurado en México desde el siglo XIX por Ignacio Vallarta, aunque en la jurisprudencia posterior a 1917 no se observa que haya tenido un constante empleo. Sin embargo, en la última década, la Suprema Corte —y otros tribunales— en diversas ocasiones recurrieron a la experiencia extranjera e inclusive a la de jurisdicciones internacionales que nos son ajenas (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), para resolver diversas cuestiones y muchas veces haciendo suyas sin mayor transformación las doctrinas sostenidas en otros países —aunque no siempre con éxito—. Las jurisdicciones extranjeras que más influencia han tenido en nuestra jurisprudencia de los últimos años son la española y la norteamericana, pero sin que ello impida la referencia resoluciones de otros países.

DECIMATERCERA. La interpretación constitucional de la Suprema Corte puede ser controlada en el ámbito internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos en tanto se refiera al alcance de los derechos fundamentales. En el ámbito interno, las restricciones normativas para la procedencia de la responsabilidad política y jurídica de los ministros de nuestro tribunal constitucional, sólo podrían tener curso en casos muy extremos de incumplimiento a sus deberes oficiales, lo cual hace del social el único control que pueda ejercerse sobre las decisiones de la Suprema Corte.

CONCLUSIÓN GENERAL

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incluido en su metodología interpretativa constitucional los principios generalmente aceptados para esa actividad y, aunque no a cabalidad, ha transitado de una rígida posición tradicionalmente positivista sobre la interpretación jurídica, a una más flexible y acorde con la naturaleza de la labor jurídica; el problema de su interpretación constitucional, por lo tanto, no es la falta de una estructura metodológica quizá más trascendental: la falta de una clara ideología que la oriente. El variable uso que da a dichos principios interpretativos sólo se explica por la ausencia de una bien formada *teoría política liberaldemocrática* —que tal es el perfil de la Constitución mexicana—, adecuada a un Estado constitucional democrático contemporáneo, que oriente la interpretación constitucional sobre las expectativas que del Estado y sus órganos de gobierno tiene una sociedad pluralista y multicultural. Sin embargo, pensamos que ello no es del todo malo, sino que se trata del costo de una paulatina y pacífica transición democrática; pero de que no resulte fácil e inmediato que los valores y concepciones de la democracia liberal sustituyan los de un régimen autoritario, no se sigue que aquéllos deban permanecer.

FUENTES

I. BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, FCE, 2004.
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, “Apuntes sobre la exigibilidad jurídica de los derechos sociales”, en Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-78.
- ACKERMAN, Bruce, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006.
- ACUÑA MÉNDEZ, Francisco, *La controversia constitucional en México*, México, Porrúa, 2004.
- AJA, Eliseo, y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 257-291.
- ALATORRE, Antonio, *Los 1001 años de la lengua española*, 3a. ed., México, FCE, 2002.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- ALDASORO VELASCO, Héctor Francisco, *La primera sentencia de amparo dictada a nivel federal*, San Luis Potosí, UASLP, 1999.
- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001.
- , *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” (trad. de Alfonso García Figueroa), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 31-47.
- , “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional” (trad. de Eduardo R. Soderó), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 1-10.
- , “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-137.
- , *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.
- , “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92.
- ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo, *150 años de legislación de amparo (1847-1997)*, Xalapa, Instituto Mexicano del Amparo, 1997.
- ÁLVAREZ VITA, Juan, *Tratados internacionales y ley interna*, Lima, FCE-Universidad de Lima, 2001.
- ANDRÉ-SALVINI, Béatrice, *Le Code de Hammurabi*, París, Museo del Louvre, 2003.
- APARICIO, Miguel A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, 7a. ed., Barcelona, Ariel, 1994.

- ARAGÓN, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 109-122.
- , “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 11-59.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, versión de Arturo E. Ramírez Trejo, UNAM, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, 2002.
- , *Ética nicomaquea*, 16a. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1997.
- ARIZPE NARRO, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, SCJN, 2006.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2003.
- ASTUDILLO, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en Astudillo, César, y Miguel Carbonell (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 1-46.
- ATIENZA, Manuel, “Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho”, en Andrés Ibáñez, Perfecto (dir.), *La experiencia jurisdiccional: Del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 119-138.
- y Juan RUIZ MANERO, “La regla de reconocimiento”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 111-133.
- , *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , “El derecho como argumentación”, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.
- AYALA CORAO, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003.
- , “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1471-1531.
- AZÚA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001.
- BADURA, Peter, “Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 177-201.

- BALDUS, Mandred, *Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995.
- BALTASAR ROBLES, Germán Eduardo, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel, 2002.
- BARANGER, Denis, *Le droit constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 2002.
- BARROW, R.H., *Los romanos*, 2a. ed., trad. de Margarita Villegas de Robles, FCE, 1999.
- BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Estudios sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 91-286.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la CIDH-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 431-446.
- BENDA, Ernst, “Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *Probleme des Föderalismus*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, pp. 71-83.
- y Eckart KLEIN, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001.
- BERLÍN VALENZUELA, Francisco, *Derecho parlamentario*, México, FCE, 1995.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BEUCHOT, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, FCE, 2004.
- , *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2002.
- , *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 3a. ed., México, UNAM-Ítaca, 2005.
- , *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, San Luis Potosí, UASLP, Facultad de Derecho, 2007.
- , “Hermenéutica débil y hermenéutica analógica. Compendio de presentación”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 11-20.
- , “Respuestas a Gianni Vattimo y a Ambrosio Velasco Gómez”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 51-58.
- , “Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una perspectiva filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 51-60.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Ediar, 2003.
- , “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1535-1536.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2001.
- , *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, FCE, 2006.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie als Verfassungsprinzip”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1995, vol. I, pp. 887-952.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, 2a. ed., trad. de Vicente Herrero, México, FCE, 2004.
- BOGS, Harald, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1966.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 3-35.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Oxford, Ing., Oxford University Press, 2002.
- BULYGIN, Eugenio, “Los jueces ¿crean derecho?”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJT-ITAM, 2003, pp. 21-37.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997.
- , *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997.
- , *Las garantías individuales*, 27a. ed., México, Porrúa, 1995.
- , “El cumplimiento de las sentencias de amparo”, *Curso de actualización de amparo*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1975, pp. 241-289.
- , *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001.
- , *El jurista y el simulador del derecho*, 4a. ed., México, Porrúa, 1994.
- , *Memorias. Epítome autobiográfico*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996.
- CABO DE LA VEGA, Antonio de, *Lo público como supuesto constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *Los tribunales colegiados de circuito*, México, SCJN, 2001.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, 2a. ed., México, Cámara de Diputados-UNAM, 2002.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, Irapuato, Cárdenas, 1999.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- CANOSA USERA, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 237-259.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968.
- CAPPELLETTI, Mauro, “Justicia constitucional supranacional” (trad. de Luis Dorantes Tamayo), *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, pp. 213-242.
- , “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional” (trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas), *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1987, pp. 307-353.
- y Bryant GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, FCE, 1996.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- , *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004.
- , “Minorías”, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, pp. 37-54.
- CARCASSONNE, Guy, introducción y comentarios, en *La Constitution*, 6a. ed., París, Éditions du Seuil, 2004.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 281-319.
- CARPISO, Jorge, “La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1261-1281.
- , *El presidencialismo mexicano*, 15a. ed., México, Siglo XXI, 2000.
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Poder judicial*, México, Porrúa, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, ed. facsimilar de la de 1931, París, Economica.
- , *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José León Depetre, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 1998.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Controversia sobre el criterio sociológico de interpretación de las normas*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2000.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares en México*, México, TFF, 2000.
- CASTILLO, Mireya, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- CASTILLO SANDOVAL, Jesús, *La cosa juzgada y sus secuelas*, México, Cárdenas, 2003.
- CASTRO, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996.
- CELOTTO, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, trad. de Liliana Rivera Rufino, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003.
- , *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de Gastón Federico Blasi, México, Porrúa-IMDPC, 2005.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de E. Gómez Orbaneja, La Mesa (Tijuana), Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De las leyes*, 7a. ed., trad. de Francisco Navarro y Calvo y Juan Bautista Calvo, México, Porrúa, 1991.
- CISNEROS FARIAS, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001.
- CONSEJO DE EUROPA, *Rapport annuel 2006 de la Cour Européenne des Droit de l'Homme*, Estrasburgo, 2007.
- , *The Council of Europe. 800 million europeans*, Estrasburgo, 2007.

- CONTE CORTI, Egon Caesar, *Maximiliano y Carlota*, 3a. ed., trad. de Vicente Caridad, México, FCE, 2003.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2002.
- CORZO SOSA, Edgar, “¿Es la Suprema Corte de Justicia de México un tribunal constitucional?”, en Natarén Nandayapa, Carlos F. y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 13-26.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- , *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa-UNAM, 1992.
- , “Artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 973-999.
- , *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000.
- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría constitucional*, 2a. ed., México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2001.
- CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.
- , *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.
- CHRYSSOGONOS, Kostas, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normenkontrolle*, Berlín, Duncker & Humblot, 1987.
- CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982.
- DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- DAGMAR, Felix, *Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1998.
- DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Teoría política y constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, 3a. ed., trad. de Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1979.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Etimología jurídica*, México, SCJN, 2003.
- DEPENHEUER, Otto, *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, R.v. Decker-C.F. Müller, 1988.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9a. ed., Madrid, Taurus, 1998.
- DÍAZ MÜLLER, Luis, “Los pactos internacionales y las modernas tendencias sobre los derechos humanos”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 957-1009.
- DOCZI, György, *El poder de los límites. Proporciones armónicas en la naturaleza, el arte y la arquitectura*, trad. de Alejandra Vucetich, Buenos Aires, Troquel, 2004.
- DORANTES TAMAYO, Luis, *Elementos de teoría general del proceso*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993.
- DREIER, Ralf, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981, pp. 106-145.

- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, 19a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.
- , *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- ECHVERRÍA, Bolívar, *La modernidad de lo barroco*, México, Era, 2005.
- ECO, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. de Carlos Manzano, México, Debolsillo, 2006.
- , *Interpretación y sobreinterpretación*, ed. de Stefan Collini, trad. de Juan Gabriel López Giux, Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1995.
- EHMKE, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königsberg, Athenäum, 1981, pp. 329-371.
- , “‘Ermessen’ und ‘unbestimmter Rechtsbegriff’ im Verwaltungsrecht”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königsberg, Athenäum, 1981, pp. 173-207.
- ELÍA, Óscar, “Hermenéutica analógica y política”, en Sánchez Flores, Abraham (comp.), *Hermenéutica analógica y filosofía actual*, San Luis Potosí, UASLP, Instituto de Investigaciones Humanísticas, 2006, pp. 54-71.
- ESQUILO, “Trilogía de Orestes”, *Las siete tragedias*, 25a. ed., trad. de Ángel Ma. Garibay K., México, Porrúa, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006.
- , “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 157-186.
- FAVOREU, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996.
- , “Ponencia francesa” (trad. de Emilio Calderón Martín), *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de derecho constitucional)*, Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, pp. 17-53.
- y Loïc PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978.
- y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- , “El Tribunal Constitucional. Un estudio orgánico”, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 293-436.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2004.
- FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, trad. de José Luis Bernal, México, Taurus, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”,

- en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1571-1585.
- , Mara GÓMEZ PÉREZ y Rafael COELLO CETINA, “Nota a la tercera edición”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, p. XXXI.
- , *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002.
- , *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002.
- , “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 233-267.
- , *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- FERRERES, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247-303.
- FIGUEROA MORANTES, Jorge Enrique, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano (primera parte)”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 9-45.
- , *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002.
- , *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, CNDH, 1999.
- , “Amparo y tutela”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 695-726.
- , “Relaciones entre los tribunales locales y los federales en el ordenamiento jurídico mexicano”, en Hernández, Antonio María y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 147-154.
- , *Los problemas contemporáneos del poder judicial*, México, UNAM, 1986.
- y José Ramón COSSÍO DÍAZ, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 2003.
- , “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 183-236.
- , “Algunas consideraciones sobre las recientes reformas a la Ley de Amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 403-424.
- FLEURY, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 6a. ed., Múnich-Unterschleißheim, Luchterhand, 2004.

- FORSTHOFF, Ernst, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en Dreier, Ralf y Friedrich Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, pp. 51-79.
- , *Zur Problematik der Verfassungsklausel*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991.
- FRIED, Charles, *Saying what the law is. The Constitution in the Supreme Court*, Cambridge, Mass./Londres, Harvard University Press, 2004.
- FROMM, Erich, *El corazón del hombre*, trad. de Florentino M. Torner, México, FCE, 2000.
- FRONDIZI, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, México, FCE, 3a. ed., 2004.
- FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Jaime Restrepo, Bogotá, Temis, 1991.
- , *La letra y el espíritu de la ley*, trad. de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Barcelona, Ariel, 1995.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, pp. 3403-3433.
- , *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 17-62.
- , *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000.
- y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 2000.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 159-186.
- GARCÍA GESTOSO, Noemi, *Soberanía y Unión Europea (Algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución)*, Barcelona, Escola Galega de Administración Pública-Atelier, 2004.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”, en Saldaña, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una perspectiva filosófica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 107-117.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980.
- , *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997.
- , *Introducción a la lógica jurídica*, 3a. ed., México, Colofón, 1991.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 16a. ed., México, Porrúa, 2001.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México”, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 373-387.

- GAVAZZI, Giacomo, “Delle antinomie”, *Studi di teoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 1-164.
- GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.
- GIL-ROBLES, Álvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, CEC, 1996.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1613-1628.
- , *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico-crítico)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “El estado actual de la jurisdicción internacional y el futuro de la misma”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 437-447.
- , “Interpretación de los tratados en derecho internacional”, *Temas selectos de derecho internacional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 141-151.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1997.
- GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, 2a. ed., México, UNAM, 1994.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Marbury v. Madison: La política en la justicia”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. I, pp. 315-331.
- , “La interpretación jurídica en México”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 237-254.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- GONZÁLEZ ROJAS, Fernando, *El capítulo 11 del TLCAN y la protección al ambiente. Análisis de los efectos del capítulo 11 del TLCAN sobre la capacidad regulatoria de las partes para proteger el ambiente*, México, UNAM, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 2003.
- GRANT, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1963.
- GREWE, Constance, “Le juge constitutionnel et l’interprétation européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, pp. 199-229.
- GRIJELMO, Alex, *Defensa apasionada del idioma español*, México, Taurus, 2002.
- GRIMM, Dieter, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, Múnich, C.H. Beck, 2001.
- GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana” (trad. de Miguel Carbonell), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. I, pp. 343-361.

- GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp.169-186.
- , “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1025-1041.
- GUASTINI, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 1-24.
- , “Antinomias y lagunas” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 71-91.
- , “Analogía” (trad. de Marina Gascón), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 93-111.
- , “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 255-278.
- , “¿Separación de los poderes o división del poder?” (trad. de María Bono López), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 59-83.
- , “Sobre el concepto de Constitución” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 29-45.
- , “La Constitución como límite a la legislación” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 47-58.
- , “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 131-151.
- , “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 185-211.
- , “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José María Lujambio), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183.
- , “El principio de legalidad” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 117-129.
- GUERRERO LARA, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- GÜIDI CLAS, Elisa María, *El perfil criminológico del juez prevaricador*, Barcelona, J.M. Bosch, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982.
- , *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Friburgo-Múnich, Alber, 1981.
- , *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983.
- , *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979.
- , “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, vol. II, pp. 317-367.

- , “Das Konzept der Grundrechte”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 279-322.
- , “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 79-105.
- , “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 45-78.
- , “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht”, *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 33-73.
- , “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1-83.
- , “Der kooperative Verfassungsstaat”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 287-323.
- , “Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständiger Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Badura, Peter, y Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, vol. I, pp. 311-331.
- , “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 55-79.
- , “Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem ‘zeitgerechten’ Verfassungsverständnis”, en Dreier, Ralf, y Friedrich Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, Nomos, 1976, pp. 293-326.
- , “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas” (trad. de Héctor Fix-Fierro), en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 673-700.
- y Hèctor López Bofill, *Poesía y derecho constitucional: Una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònoms i Locals, 2004.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- HAWKING, Stephen W., *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, trad. de Miguel Ortuño, Barcelona, Planeta-Agostini, 1992.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, 2a. ed., trad. de José Gaos, México, FCE, 2005.
- HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., trad. de Mario de la Cueva, México, FCE-UNAM, 1995.
- , *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1987.
- HENAO HIDRÓN, Javier, *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003.
- HERNÁNDEZ CHONG CUY, María Amparo, y Juan José OLVERA LÓPEZ, “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1009-1030.

- HESSE, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959.
- , *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999.
- HESSEN, Juan, *Teoría del conocimiento*, 16a. ed., trad. de José Gaos, Madrid, Espasa Calpe, 1981.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro R. Carrió, 5a. ed., México, Fontamara, 2001.
- HORN, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1053-1085.
- HOTZ, Werner Friedrich, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1977.
- HOYOS, Arturo, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998.
- , “El bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. III, pp. 2797-2818.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, CEPC, 1999.
- , “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 253-278.
- INCLÁN OSEGUERA, Silvia, “De las implicaciones de la reforma judicial mexicana de 1994 y del ¿cómo estimarlas?”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, pp. 219-250.
- ISENSEE, Josef, “Verfassungsrecht als ‘politisches Recht’”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, pp. 103-163.
- ISER, Wolfgang, *Rutas de la interpretación*, trad. de Ricardo Rubio Ruiz, México, FCE, 2005.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, FCE, 2002.
- JUÁREZ MEJÍA, Godolfino Humberto, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos federales*, México, Porrúa, 2002.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 12a. ed., trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Porrúa, 2003.
- , *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 13a. ed., México, Porrúa, 2003.
- , *Crítica de la razón práctica*, 9a. ed., México, Porrúa, 1996.
- KAUFMANN, Arthur, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Múnich, C.H. Beck, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 11a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, Facultad de Derecho, 1979.

- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999.
- KLEIN, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, París, Presses Universitaires de France, 1996.
- KOLLER, Peter, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2a. ed., Viena-Colonia-Weimar, Böhlau, 1997.
- KUHN, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, FCE, 2004.
- LAMBERT, Pierre, “Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, pp. 63-89.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999.
- LIMBACH, Jutta, “*Im Namen des Volkes*”. *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart, DVA, 1999.
- , *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C.H. Beck, 1999.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., “Interpretación constitucional”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1982, t. XVI, pp. 481-483.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Teoría general de las articulaciones constitucionales*, Madrid, Dykinson, 1998.
- LUZZATI, Claudio, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, Giuffrè, 1999.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch.
- MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia universal del derecho*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2000.
- , Consuelo Sirvent GUTIÉRREZ y Fernando LEÓN ZAVALA, *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Dalloz, 2002.
- MARÍN, José Ángel, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M., “Derechos humanos y Constitución”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 245-251.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997.
- MÄRZ, Wolfgang, *Bundesrecht bricht Landesrecht. Eine staatsrechtliche Untersuchung zu Artikel 31 des Grundgesetzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989.

- MATEOS MUÑOZ, Agustín, *Compendio de etimologías grecolatinas del español*, 30a. ed., Naucalpan, Esfinge, 1992.
- MATSCHER, Franz, “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention Européenne”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, pp. 15-40.
- MENA ADAME, Carlos, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional*, México, Porrúa, 2003.
- MENDONCA, Daniel y Ricardo A. GUIBOURG, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Sobre lo jurídico y lo justo”, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 63-93.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2a. ed., trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, trad. de José Meza Nieto, México, Diana, 1965.
- MODUGNO, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. de Liliana Rivero Rufino, Querétaro, FUNDAP, 2004.
- MOLIERAC, J., *Iniciación a la abogacía*, 4a. ed., trad. de Pablo Macedo, México, Porrúa, 1997.
- MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena, “Introducción”, en *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, México, UNAM, Institutos de Investigaciones Filológicas y Jurídicas, Bibliotheca Iuridica Latina Mexicana, 1994, pp. XIII-XLVIII.
- MONTEMAYOR ROMO DE VIVAR, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède y, *Del espíritu de las leyes*, 13a. ed., trad. de Nicolás Estévanez, México, Porrúa, 2000.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MORALES PAULÍN, Carlos A., *Justicia constitucional*, México, Porrúa, 2002.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *Los sistemas para la protección internacional de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.
- MORENO CORA, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, La Europea, 1902 (facsimilar).
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997.
- MORINEAU, Marta, *Una introducción al common law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- MUÑOZ LEDO, Porfirio, “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional en la reforma del Estado”, en Natarén Nandayapa, Carlos F., y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 27-37.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Madrid, Iustel, 2004.
- NAVA GOMAR, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- NAVARRETE MONTES DE OCA, Tarcisio, “Los derechos políticos y su defensa en el derecho internacional”, en Concha Malo, Miguel (coord.), *Los derechos políticos como derechos humanos*, México, La Jornada-UNAM, 1994, pp. 71-80.

- NIÑO, José Antonio, *La interpretación de las leyes*, México, Porrúa, 1971.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- ODIMBA, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-UNAM-Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 945-984.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.
- OLLERO, Andrés, “Entre derecho natural y positivismo jurídico: el problema de la fundamentación del derecho”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 869-879.
- , *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Manual de tratados*, Nueva York, 2001.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- , “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 295-317.
- ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, 12a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1968.
- , *La rebelión de las masas*, 35a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- , “Verdad y perspectiva”, *El espectador*, antología de Gaspar Gómez de la Serna, Estella (Navarra), Salvat, 1971, pp. 17-23.
- ORUNESU, Claudina, Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005.
- PAZ, Octavio, *Crónica trunca de días excepcionales*, México, UNAM, 2007.
- PERALTA, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994.
- PERAZA PARGA, Luis, y Alicia KERBER PALMA, “El reflejo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisdicciones internacionales”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 273-315.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, et al., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CONAPRED, 2005.
- PEGORARO, Lucio, y Angelo RINELLA, *Introducción al derecho público comparado. Metodologías de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, “La interpretación constitucional”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (ed.), *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 81-94.
- , “La administración de justicia constitucional”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 103-115.

- PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, 1983.
- PERICHART PERERA, Pedro Alfonso, *Constitucionalismo y personalidad jurídica internacional de la Unión Europea como procesos formadores de identidad*, México, ITAM, tesis de licenciatura, 2003.
- PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., Múnich, C.H. Beck, 1991.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, 8a. ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1991.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Diccionario latín-español español-latín*, México, Porrúa, 1996.
- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, 3a. ed., trad. de Amparo Tusón Valls, Barcelona, Ariel, 2002.
- PLATÓN, *Diálogos*, 25a. ed., México, Porrúa, 1998.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del derecho*, 7a. ed., México, Porrúa, 2002.
- POSNER, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2000.
- POZZOLO, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo” (trad. de Miguel Carbonell), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 187-210.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 221-251.
- QUINTANA ROLDÁN, Carlos F., *Derecho municipal*, México, 5a. ed., México, Porrúa, 2001.
- y Norma D. SABIDO PENICHE, *Derechos humanos*, México, Porrúa, 1998.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990.
- RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 2000.
- , “El fin del derecho”, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad*, 3a. ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997, pp. 55-70.
- RASCÓN GARCÍA, César y José María GARCÍA GONZÁLEZ, estudio preliminar, *Ley de las XII Tablas*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, pp. XI-XXVIII.
- RATZINGER, Joseph, *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 5a. ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Rialp, 2005.
- RAZ, Joseph, “¿Por qué interpretar?”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 39-56.
- , “On the authority and interpretation of Constitutions: Some preliminaries”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, pp. 152-193.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- REBOLLO, Luis Martín, estudio preliminar, *Constitución española. Edición especial de 25o. aniversario*, Elcano (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 15-55.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999.
- REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, Nueva York, Vintage, 2002.
- REIMER, Franz, *Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., México, Fontamara-UACH, 2002.

- REQUENA LÓPEZ, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- REUTER, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 2a. ed. revisada por Peter Hagggenmacher, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, 2004.
- REY CANTOR, Ernesto, “Derecho procesal constitucional en Colombia”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. IV, pp. 2959-2999.
- RIGAUX, François, “Interprétation consensuelle et interprétation évolutive”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, pp. 41-62.
- ROBLES, Gregorio, “Tres tipos de reglas en el derecho”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Enrique Cáceres Nieto (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 57-73.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E., “La analogía en el derecho”, en Rodríguez García, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, vol. II, pp. 617-642.
- RODRÍGUEZ MALDONADO, Roberto, “La cláusula de interpretación de los derechos fundamentales establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española. Estudio comparativo con el sistema constitucional mexicano sobre derechos humanos”, en *Apuntes jurídicos de secretarios del Poder Judicial de la Federación*, México, SCJN, 2006, pp. 327-347.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Constitucional español”, *Tribunales constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1994, pp. 9-27.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ROTUNDA, Ronald D. y John E. NOWAK, *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, Mérida, Yuc., Dante, 1988.
- ROUSSILLON, Henry, *Le Conseil Constitutionnel*, 4a. ed., París, Dalloz, 2001.
- RUBENFELD, Jed, “Legitimacy and interpretation”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, pp. 194-234.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Ponencia española”, *El bloque de la constitucionalidad (Simposium franco-español de derecho constitucional)*, Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991, pp. 95-137.
- , “La Constitución como fuente de derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 155-176.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El Congreso como intérprete de la Constitución”, en Hernández, Antonio María y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 301-310.
- , *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

- , “Interpretación constitucional y ‘Constitución viviente’ (*living Constitution*)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1017-1032.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE-UNAM, 2006.
- SALCEDO AQUINO, Alejandro, *Hermenéutica analógica, pluralismo cultural y subjetividad*, México, Torres Asociados, 2000.
- , *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalismo*, México, Torres Asociados, 2005.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Controversia constitucional y nueva relación de poderes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, t. II, pp. 1131-1145.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006.
- , *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , “El ombudsman en la acción de inconstitucionalidad”, en Astudillo, César, y Miguel Carbonell (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM-CNDH, 2007, pp. 145-158.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, FCE, 1999.
- , *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomon, México, Taurus, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, 2a. reimp. facsimilar de la ed. berlina de 1840, Aalen, Scientia, 1981.
- SCALIA, Antonin, “Common-law courts in a civil-law system. The role of United States federal courts in interpreting the Constitution and laws”, en Gutmann, Amy (ed.), *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, 6a. ed., Princeton, Princeton University Press, 1998, pp. 3-47.
- SCHLAICH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, Múnich, C.H. Beck, 2001.
- SCHMILL, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal”, en Cossío, José Ramón y Luis M. Pérez de Acha (comps.), *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.
- y José Ramón COSSÍO, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 57-87.
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- , *Der Hüter der Verfassung*, 4a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke, y Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000.
- SEILER, Christian, *Auslegung als Normkonkretisierung*, Heidelberg, C.F. Müller, 2000.
- SEOANE, José Antonio, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, pp. 47-129.

- SEPÚLVEDA, César, “Vinculaciones entre el derecho internacional humanitario, los derechos humanos y la protección internacional a los refugiados”, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, CNDH, 1991, pp. 97-103.
- , *El lugar del derecho internacional en el universo jurídico*, 2a. ed., México, Porrúa, 1989.
- , *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa, 1997.
- SERNA, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003.
- y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas”, en Hernández, Antonio María, y Diego Valadés (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 311-327.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia política. La proyección actual de la teoría general del Estado*, 11a. ed., México, Porrúa, 1993.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3a. ed., trad. de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989.
- SILVA, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 137-156.
- SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928.
- STAMATIS, Constantin M., *Argumenter en droit. Une théorie critique de l’argumentation juridique*, París, Publisud, 1995.
- STARCK, Christian, “Die Verfassungsauslegung”, en Isensee, Josef, y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, pp. 189-229.
- SUDRE, Frédéric, *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, 2006.
- , *Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación, su integración y funcionamiento. Retrospectiva*, México, 1997.
- , *La jurisprudencia en México*, México, 2003.
- , *Once voces*, México, 2000.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “Preámbulos constitucionales e interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1135-1155.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- , “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”, en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 57-101.

- , “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, pp. 89-133.
- , *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2002.
- , “El ‘derecho comparado’, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada”, en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. II, pp. 1355-1371.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 1994.
- , *Leyes fundamentales de México (1808-1999)*, 22a. ed., México, Porrúa, 1999.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 2000.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- TORRES ESPINOSA, Eduardo, “El poder judicial en México y la nueva correlación de fuerzas entre los poderes públicos, 1994-2003”, en Corona Armenta, Gabriel (coord.), *Los poderes federales en la consolidación democrática de México*, México, UNAM-Gernika, 2006, pp. 199-218.
- TOURAINÉ, Alain, *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 2a. ed., trad. de Ricardo González, México, FCE, 2002.
- TREVES, Renato, “Interpretazione del diritto e filosofia de la cultura”, en Rodríguez García, Fausto E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, vol. II, pp. 705-714.
- TROPER, Michel, “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, pp. 37-62.
- , “La noción de principio supraconstitucional”, *Ensayos de teoría constitucional*, trad. de Bernardo Bolaños, México, Fontamara, 2004, pp. 77-103.
- , “El poder judicial y la democracia” (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), en Malem, Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, pp. 209-233.
- VALDÉS, Clemente, *El juicio político. La impunidad, los encubrimientos y otras formas de opresión*, México, Coyoacán, 2000.
- VALLARTA, Ignacio, *Votos*, México, Fco. Díaz de León, 1881 (facsimilar), t. II.
- , *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, Fco. Díaz de León, 1881 (facsimilar).
- VV.AA., *Nova Vulgata Bibliorum Sacrorum editio*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1986.
- VATTIMO, Gianni, “¿Hermenéutica analógica o hermenéutica anagógica?”, en *Hermenéutica analógica y hermenéutica débil*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-DGAPA, 2006, pp. 21-41.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2001.
- VEGA GÓMEZ, Juan, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, pp. 1311-1330.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- , *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004.
- VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, trad. de Juan Almela, México, FCE, 2003.
- WANK, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 2a. ed., Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, Carl Heymann, 2001.
- WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional interpretation. Textual meaning, original intent and judicial review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999.
- WOLDENBERG, José, “Suprema Corte: árbitro de la política”, en Natarén Nandayapa, Carlos F., y Diana Castañeda Ponce (coords.), *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SCJN, 2007, pp. 55-63.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 2001.
- , *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2003.
- , *The judicial application of law*, ed. de Zenon Bańkowski y Neil MacCormick, Dordrecht, Kluwer, 1992.
- XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 11a. ed., México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.
- , “La Constitución y sus normas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 67-92.
- ZERTUCHE GARCÍA, Héctor Gerardo, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1992.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 7a. ed., Múnich, C.H. Beck, 1999.

II. HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTOS DE TRABAJO

- ALEXY, Robert, “Constitutional rights, balancing, and rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 131-140.
- AMBRIZ, Agustín, “Demoledora sentencia de la Suprema Corte contra las argucias del Ejecutivo”, *Proceso*, México, año 24, núm. 1243, 27 de agosto de 2000, pp. 16-20.
- AMMAN, Diane Marie, “‘Raise the flag and let it talk’: On the use of external norms in constitutional decision making”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 597-610.
- ARANDA, Jesús, “Indagará la Corte si en Atenco violaron derechos”, *La Jornada*, México, 7 de febrero de 2007, <http://www.jornada.unam.mx>
- , “Revés de la Corte a ALDF: AMLO no es gobernador”, *La Jornada*, México, 20 de mayo de 2005, <http://www.jornada.unam.mx>.
- , “Decisión de la SCJN sobre el presupuesto vulnera la división de poderes: Góngora”, *La Jornada*, México, 31 de mayo de 2005, <http://www.jornada.unam.mx>.
- ATTILI, Antonella, “El cambio político en México: 30 años (no) es nada”, *Nexos*, México, año 29, vol. XXIX, núm. 349, enero de 2007, pp. 8-11.

- AVILÉS, Carlos, "Corte forma comisión para indagar abusos en Atenco", *El Universal*, México, 7 de febrero de 2007, <http://www.eluniversal.com.mx>
- , "SCJN: el Presidente sí puede vetar presupuesto", *El Universal*, México, 13 de mayo de 2005, *Nación*, p. 2, <http://www.eluniversal.com.mx>.
- , "Asesorará a la Corte en proyectos de sentencias", *El Universal*, México, 6 de junio de 2005, *Nación*, p. 16, <http://www.eluniversal.com.mx>
- , "Fallos claros y breves", *El Universal*, México, 22 de diciembre de 2005, *Nación*, p. 14, <http://www.eluniversal.com.mx>
- AYALA CORAO, Carlos, "La sentencia 1.942 vs. La protección internacional de los derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 173-198.
- BARAK-EREZ, Daphne, "The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue", *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 611-632.
- BAZÁN, Víctor, "El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 29-71.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (amparo en revisión 1475/98)", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-177.
- BECERRIL, Andrea, y Jesús ARANDA, "Luna Ramos, nueva ministra de la Corte", *La Jornada*, México, 20 de febrero de 2004, <http://www.jornada.unam.mx>
- BIAVATI, Paolo, "Profili critici del contraddittorio nel procedimento pregiudiziale europeo", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 3-18.
- BLECKMANN, Albert, "Zu den Methoden der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG", *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 10, 2002, pp. 942-947.
- , "Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht", *Juristenzeitung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), año 50, núm. 14, 28 de julio de 1995, pp. 685-689.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik", *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 29, núm. 46, 16 de noviembre de 1976, pp. 2089-2099.
- , "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation", *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 27, núm. 35, 28 de agosto de 1974, pp. 1529-1538.
- BRUGGER, Winfried, "Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 119, 1994, pp. 1-34.
- , "Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison", *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 4, 2003, pp. 320-325.
- CAMPILLO, José, "El juicio de amparo y la legislación de emergencia", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 339-357.

- CARBONELL, Miguel, “La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 245-254.
- , “Los guardianes de las promesas. Poder judicial y democracia en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 25-41.
- , “El lábaro ofendido”, *Nexos*, México, año 28, vol. XXVIII, núm. 342, junio de 2006, pp. 51-54.
- , “La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. 244, 2005, pp. 327-341.
- , “Reflexiones sobre la enseñanza del derecho constitucional”, *Cauces*, México, UNAM, Facultad de Derecho, año II, núms. 5-7, enero-septiembre de 2003, pp. 12-18.
- CARRASCO ARAIZAGA, Jorge, “El objeto de la seducción”, *Proceso*, México, año 27, núm. 1408, 26 de octubre de 2003, pp. 8-11.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, pp. 99-129.
- CORTÉS, Nayeli, y Carlos AVILÉS, “Es Margarita Luna la nueva ministra”, *El Universal*, México, 20 de febrero de 2004, <http://www.eluniversal.com.mx>.
- CORTÉS ONTIVEROS, Ricardo, “Evolución de los sistemas de interpretación a través de las distintas épocas del Semanario Judicial de la Federación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 45-73.
- CORZO SOSA, Edgar, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 183-197.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.
- , “Libertad de expresión y crítica a la función pública”, *Nexos*, México, año 29, vol. XXIX, núm. 349, enero de 2007, pp. 39-44.
- , “Los tratados internacionales y las leyes federales a la luz de la jerarquía normativa sostenida por la Suprema Corte”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año XI, núm. 127, enero de 2006, pp. 4-9.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “De poemas, banderas, delitos y malas decisiones. La sentencia de la Suprema Corte sobre el caso Witz”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, pp. 423-447.
- DA SILVA, José Afonso, “Mutaciones constitucionales” (trad. de María del Pilar Hernández), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 3-24.
- DEMURO, Gianmario, “Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos” (trad. de Karla Irasema Quintana Osuna), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 17, julio-diciembre de 2007, pp. 53-83.

- DÍAZ ALDRET, Octavio, “Conjeturas acerca de la limitación a la libertad de expresión, por respeto a los símbolos patrios (caso del poeta maldito)”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 16, enero-junio de 2007, pp. 370-403.
- ELIZONDO MAYER-SERRA, Carlos, y Luis Manuel PÉREZ DE ACHA, “La Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes”, *Este País*, México, núm. 177, diciembre de 2005, pp. 28-38.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 57-94.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” (trad. de Miguel Carbonell), *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 113-136.
- FINE, Toni M., “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América” (trad. de Rodolfo Vejar), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 327-367.
- FOWLER, James, y Sangick JEON, *The authority of Supreme Court precedent: A network analysis*, Davis, Universidad de California en Davis, documento de trabajo, 29 de junio de 2005, http://jhfwler.ucdavis.edu/authority_of_supreme_court_precedent.pdf.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado de Guatemala en 1993”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 3-21.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 123-160.
- y Mauricio Iván del TORO HUERTA, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LV, núm. especial, 2005, pp. 147-212.
- GÓMEZ, Francisco y Alberto CUENCA, “Desechan controversia de PRD sobre desafuero”, *El Universal*, México, 20 de mayo de 2005, Nación, p. 17, <http://www.eluniversal.com.mx>.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El legislador como intérprete constitucional”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, Laguna, 3a. época, año VIII, octubre de 2003, pp. 16-32.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México/Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 57-70.
- GUCKELBERGER, Annette, “Die Drittwirkung der Grundrechte”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, Múnich/Fráncfort del Meno, año 43, núm. 12, diciembre de 2003, pp. 1151-1157.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 159-187.

- GUEVARA PALACIOS, Augusto M., “Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 95-125.
- GUTIÉRREZ BAYLÓN, Juan de Dios, “La doctrina de la jurisdicción o competencia universal y el principio de unilateralismo en materia de derecho humanitario internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 89-105.
- HABERMAS, Jürgen, “On law and disagreement. Some comments on ‘interpretative pluralism’”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 187-194.
- HÄBERLE, Peter, “Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl del Rin, año 31, núms. 5-8, 26 de abril de 2004, pp. 117-125.
- HESSE, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional” (trad. de Joaquín Brage Camazano), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 157-168.
- IGARTUA SALAVERÍA, Juan, “La interpretación de la Constitución (notas introductorias)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 9, mayo-agosto de 1984, pp. 9-27.
- , “El postulado del legislador racional (entre metodo-logía y mito-logía)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati (Guipúzcoa), IVAP, núm. 28, septiembre-diciembre de 1990, pp. 113-125.
- KÜHNE PEIMBERT, Catalina, “Lenguaje judicial y transparencia”, *Compromiso. Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, año 6, núm. 67, enero de 2007, pp. 29-30.
- LENZ, Sebastian y Philipp LEYDECKER, “Kollidierendes Verfassungsrecht – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer-Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, pp. 841-850.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “La jerarquía de los tratados internacionales (amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 197-208.
- LÓPEZ ESCUTIA, Luis Ángel, “El papel de la justicia electoral en la transición democrática de México”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 245, enero-junio de 2006, pp. 61-107.
- LÓPEZ SALAS, Rafaela, “El caso Sergio Witz: ¿Un conflicto de derechos?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 16, enero-junio de 2007, pp. 435-449.
- LYONS, Scott, “The African Court on Human and Peoples’ Rights”, *ASIL Insights*, Washington, American Society of International Law, 19 de septiembre de 2006, vol. 10, núm. 24, <http://www.asil.org/insights/2006/09/insights060919.html>.
- MALEM SEÑA, Jorge F., “El lenguaje de las sentencias”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 47-63.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, “La interpretación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. XLV, núms. 201-202, mayo-agosto de 1995, pp. 119-157.

- MÉNDEZ DE HOYOS, Irma, “Transición y consolidación democrática en México ¿Es posible una regresión?”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 63-79.
- MICHAEL, Lothar, “Die Wiedervereinigung und die europäische Integration als Argumentationstopoi in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1999, pp. 583-630.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales federales mexicanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 411-424.
- NAVA ESCUDERO, Óscar, “Límites al poder constitucional presupuestario de la Cámara de Diputados”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVI, núm. 246, 2006, pp. 273-310.
- NAVARRO, Pablo E., Andrés BOUZAT y Luis M. Esandi, “Interpretación y aplicación de normas penales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 240, 2003, pp. 87-105.
- OKRUCH, Stefan, “Hindrängen” zur Ordnung und “Entdeckung” des Rechts: Fragen zur kulturellen Evolution, Bonn, Instituto Max Planck, documento de trabajo, 1998.
http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/9804.pdf.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 13, julio-diciembre de 2005, pp. 151-203.
- ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, México, CNDH, 2004.
- OSSENBÜHL, Fritz, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Neue juristische Wochenschrift*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, núm. 46, 1976, pp. 2100-2107.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, “Die Justiz als Verfassungsgerichtsbarkeit?”, *Juristen Zeitung*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), año 59, núm. 14, 16 de julio de 2004, pp. 719-725.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal, “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 273-294.
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, “El precedente en México y en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año IV, núm. 34, abril de 1998, pp. 23-39.
- RAMELLI, Alejandro, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y ‘bloque de constitucionalidad’ en Colombia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 157-175.
- REHNQUIST, William H., “The notion of a living Constitution”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, Mass., vol. 29, núm. 2, primavera de 2006, pp. 401-415.
http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No2_Rehnquist.pdf
- RISHMAWI, Mervat, “The revised Arab Charter on Human Rights: A step forward?”, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press-Universidad de Nottingham, vol. 5, núm. 2, 2005, pp. 361-376.

- ROLLA, Giancarlo, y Tania GROPPi, “Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 159-183.
- ROSENFELD, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 633-668.
- SACHS, Michael, “Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Colonia, Carl Heymann, año 99, 15 de enero de 1984, pp. 73-82.
- SAGÜÉS, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence v. Texas’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 199-219.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la manipulación constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 293-305.
- , “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. En torno al arsenal interpretativo de los tribunales supremos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 151-170.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Aguilillas”, *Lex. Difusión y Análisis*, 3a. época, año V, núms. 48-49, junio-julio de 1999, México, pp. 11-22.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El derecho de acceso a la justicia y el amparo mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, Porrúa-IIDPC, núm. 4, julio-diciembre de 2005, pp. 229-265.
- , “Notas sobre la argumentación en el proceso constitucional mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 299-310.
- , “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 199-229.
- SANDER, Volker, “Die Kompetenz des BVerfG zur Auslegung von Landesverfassungsrecht”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Múnich-Fráncfort del Meno, C.H. Beck, año 21, núm. 21, 2002, pp. 45-47.
- SANDOVAL, Pablo X. de, “Contra el aberrante lenguaje de las leyes”, *El País*, Madrid, 26 de julio de 2006, Cultura.
[http://www.elpais.es/articulo/cultura/aberrante/lenguaje/leyes/elpporcul/20060726elp\[-\]epicul_7/Tes/](http://www.elpais.es/articulo/cultura/aberrante/lenguaje/leyes/elpporcul/20060726elp[-]epicul_7/Tes/)
- SANSORES BETANCOURT, Juan Carlos, “Los órganos autónomos en la administración pública mexicana”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LIII, núm. 239, 2003, pp. 179-192.
- SCHAFFARZIK, Bert, “Europäische Menschenrechte unter der Ägide des Bundesverfassungsgerichts”, *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer-Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, pp. 860-867.

- SEPÚLVEDA IGUINIZ, Ricardo, “Una propuesta para el establecimiento de las leyes orgánicas constitucionales en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 223-251.
- SERNA, Pedro, “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, vol. 41, 1999, pp. 139-196.
- SIMON, Helmut, “Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Kehl del Rin, N.P. Engel, núm. 1, 1974, pp. 85-91.
- SOLORIO RAMÍREZ, Daniel, “Para una nueva Ley de Amparo, cuatro propuestas”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año VI, núm. 63, septiembre de 2000, pp. 42-46.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.
- TORRE, Wilbert, “México vigilará derechos humanos... desde la ONU”, *El Universal*, México, 10 de mayo de 2006, Nación, p. 25, <http://www.eluniversal.com.mx>
- TROPER, Michel, “En guise d’introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, París, Consejo Constitucional, núm. 9, marzo-septiembre de 2000.
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc9/troper.htm>
- UMOZURIKE, U.O., “Derechos humanos y desarrollo”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, París, UNESCO, núm. 158, diciembre de 1998.
<http://www.unesco.org/issj/rics158/umozurikespa.html#utl>
- WALLACH, Evan J., “Procedural and evidentiary rules of the post World War II war crime trials: Did they provide an outline for international legal procedure?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, 1999.
<http://www.lawofwar.org/Tokyo%20Nurembueg%20article.htm>.
- WALTER, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), vol. 125, 2000, pp. 517-550.
- WOLFE, Christopher, “From constitutional interpretation to judicial activism: The transformation of judicial review in America”, *First Principles Series*, Washington, The Heritage Foundation, núm. 2, 3 de marzo de 2006, pp. 1-12.
[http://www.heritage.org/Research/LegalIssues/loader.cfm?url=/commonspot/security/\[-\]getfile.cfm&PageID=94613](http://www.heritage.org/Research/LegalIssues/loader.cfm?url=/commonspot/security/[-]getfile.cfm&PageID=94613)
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales” (trad. de Miguel Carbonell), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 311-324.

III. LEGISLACIÓN, TRATADOS Y OTRAS FUENTES PRIMARIAS

1. Alemania

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

Código Penal (*Strafgesetzbuch*).

2. Colombia

Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

3. España

Constitución española (1978).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

4. Estados Unidos de América

Constitución de los Estados Unidos de América.

Código de los Estados Unidos de América (*United States Code*)

Reglamento de la Suprema Corte de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*), <http://www.supremecourtus.gov/ctrules/rulesofthecourt.pdf>

5. Francia

Constitución de la Vª República Francesa (1958).

6. Instrumentos internacionales

A. Universales

Carta de las Naciones Unidas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Resolución 58/191 A de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 22 de diciembre de 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2672.pdf>

B. Europeos

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11)

Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Rules of the European Court of Human Rights*)

[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/\[-\]0/RulesOfCourt.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/[-]0/RulesOfCourt.pdf)

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (versión consolidada)

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada)

C. *Interamericanos*

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).
 Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/inf_general/reglamento.html

D. *Otros*

Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos
 Tratado de Libre Comercio de América del Norte
 Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

7. *Italia*

Constitución de la República Italiana (1947).

8. *México*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
 Ley de Amparo
 Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional
 Ley Reglamentaria de la Fracción VI del Artículo 76 Constitucional
 Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral
 Ley de Seguridad Nacional
 Ley de Coordinación Fiscal
 Ley sobre la Celebración de Tratados
 Código Federal de Procedimientos Civiles
 Código Penal Federal
 Ley Federal del Trabajo
 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación
 Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado
 Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos
 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
 Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
 Diversos acuerdos generales del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

IV. JURISPRUDENCIA

1. *Alemania*

SCHWABE, Jürgen (ed.), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Studienauswahl (Band 1-100)*, 7a. ed., Hamburgo, 2000.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), varios volúmenes.

———, *Entscheidungen*, Karlsruhe, <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>

UNIVERSIDAD DE BERNA, INSTITUTO PARA EL DERECHO PÚBLICO, *Deutschsprachiges Fallrecht (DFR). Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Bände 100 ff.*

http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/dfr_bvbd100.html

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Jurisprudencia*, San José.

<http://www.corteidh.or.cr/juris/index.html>

3. Corte Internacional de Justicia

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Liste des affaires portées devant la CIJ*, La Haya.

<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions.htm>

———, *icasas *List of all cases brought before the Court*, La Haya.

<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm>

4. Corte Permanente de Justicia Internacional

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Cour permanente internationale de Justice*, La Haya.

<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/icpij/>

5. España

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia constitucional*, Madrid.

<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>

6. Estados Unidos de América

FINDLAW, *Cases and Codes: Supreme Court opinions*.

<http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html>

GUZMÁN OROZCO, Guillermo (ed.), *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, México, SCJN, 2000.

SUPREMA CORTE, *Opinions*, Washington, D.C.

<http://www.supremecourtus.gov/opinions/opinions.html>

UNIVERSIDAD DE CORNELL, INSTITUTO DE INFORMACIÓN JURÍDICA (*LEGAL INFORMATION INSTITUTE*), *LII Supreme Court collection: Historic decisions*, Nueva York.

<http://www.law.cornell.edu/supct/cases/historic.htm>

7. Francia

CONSEJO CONSTITUCIONAL, *Accès aux décisions*, París.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm>

8. *México*

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, disco compacto, México, varios volúmenes.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México, <http://www.scjn.gob.mx>
Diario Oficial de la Federación, México, varios ejemplares.

9. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Case-Law*, Estrasburgo.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

———, *Jurisprudence*, Estrasburgo.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>

V. SITIOS EN INTERNET

ACADEMIA AD FONTES, *The Latin Library*, Centreville, EUA.

<http://www.thelatinlibrary.com>

ARABIA SAUDITA, MINISTERIO DE CULTURA E INFORMACIÓN, *The Saudi Arabian Information Resource. Questions of human rights*, Riad.

<http://www.saudinf.com/main/x004.htm>

BALKIN, Jack M., *Alive and kicking. Why no one truly believes in a dead Constitution*, 29 de agosto de 2005, <http://www.slate.com/id/2125226/>

BRITISH BROADCASTING CORPORATION, *BBC NEWS. Asia-Pacific. UN and Cambodia agree on court*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/2855877.stm>

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Cour Pénale Internationale: Introduction historique*, La Haya, 21 de mayo de 2006, <http://www.icc-cpi.int/about/atagance/history.html>

HUMAN RIGHTS WATCH, *U.S.: Guantánamo ruling rejects unfair trials*, Nueva York, 30 de junio de 2006, <http://hrw.org/english/docs/2006/06/29/usdom13663.htm>

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *SRE Tratados en internet*, México, 21 de mayo de 2006, <http://tratados.sre.gob.mx>

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, *About the Special Court for Sierra Leone. Basic Facts Pamphlet*, Freetown, <http://www.sc-sl.org/basicfactspamphlet.pdf>

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *ICTY at a glance*, La Haya.

<http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, *About the Tribunal*, Arusha, Tanzania.

<http://69.94.11.53/default.htm>

UNIÓN EUROPEA, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *CVRIA*, Luxemburgo, <http://curia.eu.int>

———, COMISIÓN EUROPEA, *EUROPA – El portal de la Unión Europea*.

http://europa.eu/index_es.htm

———, COMISIÓN EUROPEA, *EUROPA – Reforma institucional de la Unión Europea*.

http://europa.eu/institutional_reform/index_es.htm

UNIVERSIDAD DE COLUMBIA, ESCUELA DE DERECHO, *UN and Cambodia agree on court to try Khmer Rouge*, Nueva York, <http://www.hrcr.org/hottopics/UNKhmer.html>

WHITAKER, Brian, *Human rights in the Arab world*.

<http://www.al-bab.com/arab/human.htm>