

Filosofía del Derecho Constitucional

INTERPRETACIÓN DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

UNA VISIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN
Y LA HERMENÉUTICA

Prólogo de
Rodolfo Vázquez

Ramsés Montoya Camarena



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Filosofía del Derecho Constitucional



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

**Interpretación de las
restricciones constitucionales**
Una visión desde la argumentación
y la hermenéutica

Ramsés Montoya Camarena

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2019

Primera edición: agosto de 2019

*Interpretación de las restricciones constitucionales
Una visión desde la argumentación y la hermenéutica*

© Ramsés Montoya Camarena

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-54-7

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Mariana Romo Ponce de León
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Prólogo.....	13
Presentación	25

Capítulo 1 Derecho y justicia

1.1. Introducción.....	33
1.2. Una matriz axiológica en el positivismo jurídico....	33
1.3. El punto de vista interno del derecho y la justicia ...	44
1.4. En la autoridad y obediencia del derecho: otro filtro axiológico	52
1.5. La moral crítica en el derecho.....	65
1.6. Sobre un concepto de justicia racional.....	71
1.7. El concepto de justicia en el derecho.....	80
1.8. Los derechos humanos para el concepto de justicia .	86

Capítulo 2 Constructivismo jurídico

2.1. Introducción.....	95
2.2. El derecho: una construcción social	97
2.3. El clima epistemológico en el derecho	102
2.4. El lenguaje y el constructivismo	107

2.5. La hermenéutica y el constructivismo en el derecho. . .	112
2.6. El constructivismo hermenéutico en la práctica del derecho.	119
2.7. El giro argumentativo en la teoría jurídica constructivista	126
2.8. La jurisprudencia en México: una teoría constructivista	131

Capítulo 3

Las restricciones constitucionales y su interpretación

3.1. Introducción.	137
3.2. La interpretación constitucional.	137
3.3. La interpretación preferible.	144
3.4. La interpretación judicial y sus límites en el objetivismo mínimo	148
3.5. La interpretación y el equilibrio reflexivo.	156
3.6. La teoría detrás de las restricciones de derechos constitucionales.	159
3.7. Las restricciones: su configuración e interpretación .	165
3.8. Las restricciones y el principio pro persona	175
3.9. Las restricciones legales de derechos y su interpretación	189
3.10. Las restricciones constitucionales y su interpretación en México	198
3.11. El margen de apreciación nacional y las restricciones constitucionales.	207
3.12. Las restricciones constitucionales y el comunitarismo	223
3.13. El test de oportunidad en las restricciones constitucionales.	231
Consideraciones finales.	249
Bibliografía	255

Para Kelly y Danna

Prólogo

En 2012 comencé a impartir algunos cursos de Filosofía del Derecho en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, mismos que se prolongarían unos cuantos periodos escolares más. La experiencia de esos años me reportó muchas bondades gratas y estimulantes, individuales y académicas, entre ellas, la oportunidad de conocer a una persona entusiasta, seria, con una gran disciplina de trabajo y una desbordante curiosidad intelectual. Con el tiempo, Ramsés Montoya, nombre de mi apreciado alumno y colega universitario, prolongaría sus seminarios y estudios de posgrado en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), en la Universidad de Alicante —bajo la guía de Manuel Atienza—, en la Universidad de Palermo y en la Universidad Carlos III de Madrid, para incorporarse, finalmente, al Poder Judicial de la Federación. He tenido la fortuna de acompañar a Ramsés en su formación intelectual y ser testigo de sus logros como investigador y como servidor público. En todas sus actividades, su desempeño ha sido sobresaliente y, por supuesto, todo augura, de cara al futuro, una vida llena de satisfacciones académicas.

Agradezco a Ramsés la invitación para prologar su libro —adaptado para publicarse a partir de su tesis doctoral—, que por su estructura y argumentación condensa en una propuesta clara y actual el debate y su postura personal en torno al tema de las restricciones constitucionales y su interpretación. No es muy frecuente abordar esta problemática desde enfoques que van más allá de los planteamientos dogmáticos, incursionando en las teorías de la justicia o en la epistemología jurídica; pero es

mucho menos frecuente hacerlo con la conciencia de que tales fundamentos filosóficos son inevitables si se pretende alcanzar una justificación sólida y coherente de la normatividad jurídica vigente en la materia de análisis.

En estas palabras iniciales —y desde el punto de vista de la filosofía jurídica— quiero presentar algunos de los presupuestos que acompañan, como hilo conductor, el desarrollo argumentativo de Ramsés.

Comenzaré con la pregunta que se formuló Ronald Dworkin en una conferencia dictada en Nueva York, en octubre de 2000, y que tituló: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”. La pregunta puede hacerse extensiva a los propios legisladores y a los mismos doctrinarios, pero para los jueces —y para el caso que nos ocupa en este libro, que tiene que ver con el ejercicio de interpretación constitucional—, la respuesta resulta apremiante.

Para Dworkin, debe existir una feliz complementación entre jueces y filósofos y, en el caso de los primeros, se ganaría mucho si conocieran los problemas y las teorías filosóficas que subyacen a los mismos. ¿Deben los jueces, por tanto, ser filósofos? ¿Debería cada juez justificar explícitamente su filiación filosófica y declararse, por ejemplo, un juez kantiano, tomista, hobbesiano, hegeliano? Y si este fuera el caso, ¿en verdad pueden ser filósofos? Existe un dilema: o pueden ser filósofos, pero no deben, o deben ser filósofos, pero no pueden.

Se han intentado respuestas para evitar el dilema simplemente negando que la filosofía tenga algo que ver con el derecho, específicamente con la actividad judicial. En este sentido, los jueces no deberían ser filósofos, puesto que el lenguaje jurídico no tiene nada que ver con el filosófico: bastaría con conocer lo que quisieron decir los legisladores originales, reforzado por los precedentes y la jurisprudencia; sería suficiente con acceder a la ley y a los criterios formales de interpretación; no se necesitaría más que un análisis empírico de las consecuencias que se seguirían de la aplicación de una norma para llegar a una solución; o bien, podría apelarse a la intuición emotivista como último recurso. En fin, originalismo, formalismo, pragmatismo o intuicionismo

han sido vías propuestas para evitar el dilema, negando cualquier tipo de argumentación o justificación valorativa.

Sin embargo, a la pregunta de si los jueces deben ser filósofos, la respuesta, según Dworkin, como también lo es para Ramsés Montoya, debe ser positiva, porque si de lo que se trata es de argumentar frente a valores en pugna y no solo con respecto a hechos, predicciones o interpretaciones formales, no queda más que *aclarar* los conceptos morales y optar *argumentativamente* por alguno de los valores en pugna. Los jueces y los filósofos comparten, entonces, una misma vocación.

Pero, ¿pueden los jueces ser filósofos? Es poco realista pensar que los jueces deberían pedir permiso para ausentarse, hacer un posgrado en Filosofía, y que con el tiempo se enseñasen a redactar sus sentencias como ensayos publicables para una revista de filosofía jurídica, moral o política. Con todo, lo cierto es que de un tiempo a la fecha nuestros jueces han tenido que hacer notables esfuerzos para comprender el ABC de la ciencia económica y entender la importancia de la economía formal en el análisis jurídico. Sin embargo, una cosa es conocer el ABC y otra es convertirse en un experto econometrista. Dígase lo mismo con respecto a la teoría de la democracia y del Estado para comprender la normatividad electoral, aunque a ningún juez se le ha pedido ser un experto en *rational choice* o en teoría de juegos. ¿No habría que esperar lo mismo de la filosofía? ¿Conocer y saber trabajar con el ABC filosófico sin convertirse en un experto kantiano conocedor de la influencia de la escuela de Marburgo en la obra de Kelsen, en especialista en el debate Hart-Dworkin o en la teoría de las implicaturas?

Pienso que a la pregunta de si los jueces pueden ser filósofos, la respuesta de nueva cuenta es positiva. Nuestros jueces deben y pueden, con sensatez y seriedad, familiarizarse con la filosofía; pero no con el propósito arrogante de eliminar o reducir la controversia, sino con la pretensión más modesta —como diría Dworkin— de hacerla “más respetable o, al menos, más iluminada”.

El libro que prologamos se ubica con pleno derecho en esa feliz complementación entre jueces —o juristas en general— y

filosofía. Y así, desde el punto de vista epistemológico, Ramsés Montoya asume una pretensión normativista que confronta valores en pugna a partir de un ejercicio argumentativo, más allá del positivismo, comprometido con un objetivismo mínimo, en el horizonte de una “hermenéutica constructivista”. A su vez, desde el punto de vista ético-jurídico —en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho—, desarrolla una justificación enmarcada dentro de las premisas que definen a un liberalismo igualitario. Sus credenciales filosóficas son claras y vale la pena detenerse en ellas.

Según el enfoque epistemológico y normativo, en la historia contemporánea de las ideas jurídicas y políticas hay dos momentos de quiebre con relación al iuspositivismo. El primero, desde la teoría del derecho, es la distinción propuesta por Dworkin entre principios y reglas que, como sabemos, obliga a Hart a revisar su concepción positivista de meros hechos a partir de la tesis de la fuente social, para terminar proponiendo un híbrido poco convincente que denominó “positivismo suave”. Creo que si incluimos límites sustantivos en el ordenamiento jurídico, en términos de imperativos morales de justicia, debemos hacernos cargo de que ya desde el problema de la *identificación* del derecho hay que asumir un punto de vista crítico, interpretativo o argumentativo, ajeno al descriptivismo y a la pretendida neutralidad axiológica de la propuesta positivista. Aquí no hay concesiones posibles ni términos medios. Es verdad que el positivismo analítico funciona muy bien como una herramienta fina de disección normativa —sin exageraciones estériles—, pero creo que los logros indudables que se han obtenido se deben más a la herramienta analítica que a la propia concepción positivista.

El segundo momento viene de la filosofía política a partir de la obra de Rawls. *Una teoría de la justicia* es el intento más serio, junto con el de Habermas, de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. Las condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad para la construcción de los principios de justicia ofrecen un marco teórico sólido para la crítica del utilitarismo, del intuicionismo y de toda forma de emotivismo. Las vertientes escépticas o subjetivistas del positivismo jurídico parecerían situarse en una etapa anacrónicamente prerawlsiana.

Por otra parte, uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de “autoridad normativa” y su vinculación lógica con la pretensión de obediencia. Esta pretensión implicaría una presunción de corrección —para Alexy— o de legitimidad —según Garzón Valdés— por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así, se puede decir que tal pretensión de corrección tiene una connotación moral, y se puede sostener además la tesis de que existe una débil conexión necesaria —en tanto se trata de pretensiones— entre derecho, política y moral.

Bajo tales premisas, pienso que a partir de Rawls y Dworkin habría que replantearse seriamente el tránsito de un Estado legislativo a un Estado constitucional y democrático de derecho. En el mundo latino, ese tránsito vendría de la mano de autores como Elías Díaz, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli, y creo que hoy resultaría difícil e inútil pretender justificar un Estado de derecho desde enunciados formalistas y legalistas, en la línea de lo que el propio Ferrajoli ha llamado un “paleopositivismo”. El discurso de Ramsés Montoya se ubica plenamente en las coordenadas de lo que algunos autores, como Atienza y Ruiz Manero, han calificado de postpositivismo constructivista, y que podemos sintetizar en dos grandes párrafos:

- I. El derecho es entendido como una realidad dinámica que consiste en una práctica social compleja que incluye, además de normas y procedimientos, valores, acciones y agentes. Por lo mismo, existe la tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tan solo desde su estructura lógica, sino como enunciados que juegan un papel relevante en el razonamiento práctico, incorporando otras esferas de la razón práctica como la moral y la política. El derecho es un instrumento para prevenir y resolver conflictos y, al mismo tiempo, un medio para la obtención de fines sociales.
- II. La razón jurídica no es entendida como razón estratégica o funcional medida por criterios de éxito o de eficiencia, sino por pretensiones de corrección, de justicia o de legitimidad, que se determinan a partir del diálogo y del consenso como criterios de justificación. Esta justificación solo es posible bajo la convicción de que existen criterios

objetivos —objetivismo mínimo—, como el principio de coherencia o de integridad, que le otorgan un carácter crítico y racional, así como el reconocimiento de un conjunto de necesidades básicas de los seres humanos con respecto a las cuales el derecho se encuentra vinculado.

Desde el punto de vista ético-jurídico, en los Estados democráticos modernos, la constitucionalización es la instancia en la que suele diseñarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos, y este carácter supremo de la Constitución ha significado su necesaria rigidización, así como la creación de instituciones que permitan salvaguardar los derechos —incluyendo los sociales— contra cualquier imposición mayoritarista.

Con respecto a la relación entre jueces y democracia, creo que en la actualidad ha sido notoria la emergencia del poder judicial como una condición necesaria para garantizar la gobernabilidad de nuestros países. En buena medida, esto es explicable por el descrédito que han alcanzado los partidos políticos y la ineficacia del poder administrativo. Por supuesto, esta presencia activa del poder judicial ha presentado el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias, así como una cierta incapacidad para reaccionar adecuadamente ante la opinión pública y sus demandas legítimas. Digamos que buena parte de nuestros jueces no están entrenados para participar en el debate público y contribuir a reforzar una democracia deliberativa. Hay que trabajar mucho para que salgan de esa caverna oscura del formalismo legalista en el que fueron educados y entrenados. Llevará tiempo, pero, de nueva cuenta, no hay retorno.

Dicho lo anterior, Ramsés Montoya se toma muy en serio el valor intrínseco de la democracia constitucional, es decir, el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas; pero al mismo tiempo, está igualmente convencido de que es necesario mantener y reforzar un control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad. ¿Se puede ser demócrata y a la vez privilegiar a un cuerpo de decisores con serias carencias de legitimidad democrática de origen? Pienso que sí y, sin extenderme mucho en la respuesta, contestaría que más allá de intentar asegurar

algunos mecanismos de legitimidad de origen —p. ej., la participación de la Cámara de Diputados en el proceso de selección y elección de los jueces—, es el poder judicial el que tiene la tarea de garantizar las condiciones que hagan posible precisamente el ejercicio deliberativo de la democracia. No la tienen ni el poder legislativo ni el poder popular, por la sola razón de que si el proceso mismo está viciado, estos se hallarían imposibilitados para arbitrar sobre su corrección, ya que carecerían del valor epistémico necesario.

Son los jueces quienes deben verse a sí mismos como *controladores del mismo proceso democrático* (Ely) y maximizadores de la capacidad epistémica de la democracia (Habermas, Nino), haciendo efectivas sus propias condiciones de posibilidad: ampliar la participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten (*amicus curiae*, consultas abiertas, publicidad de los proyectos de resolución); tener la libertad de expresarse en el debate y en la discusión; garantizar la igualdad de condiciones con que se participa; exigir la justificación de las propuestas, etc. De igual manera, son los jueces quienes deben asegurar que en el proceso de deliberación no se viole el derecho a no ser discriminado y, en consecuencia, queden garantizados no solo los derechos derivados del principio de autonomía y dignidad personal, sino también los propios derechos sociales como *conditio sine qua non* del mismo ejercicio democrático. No me detengo más en otros argumentos justificatorios para depositar “la última palabra” en los jueces, pero sí cabe mencionar que solo garantizando su independencia de los poderes fácticos y exigiendo y monitoreando la calidad argumentativa de sus decisiones es como se construye una legitimidad *ex post facto*. Ramsés Montoya compartiría la idea de que, en última instancia, se trata de formar jueces *para* la democracia, no *contra* o *por encima* de esta.

En este sentido, el carácter liberal igualitario que Ramsés y yo compartimos, como justificación ético-política del ejercicio judicial —en el marco de un Estado democrático de derecho—, debe entenderse no en un sentido libertario que aboga por las libertades a ultranza, sino igualitario, para el cual las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de sus necesidades básicas y, por tanto,

en el abatimiento de la pobreza y de la cada vez más aguda polarización social. Este liberalismo se compromete con una defensa de los derechos humanos, entendidos no solo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia la satisfacción de los bienes primarios con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.

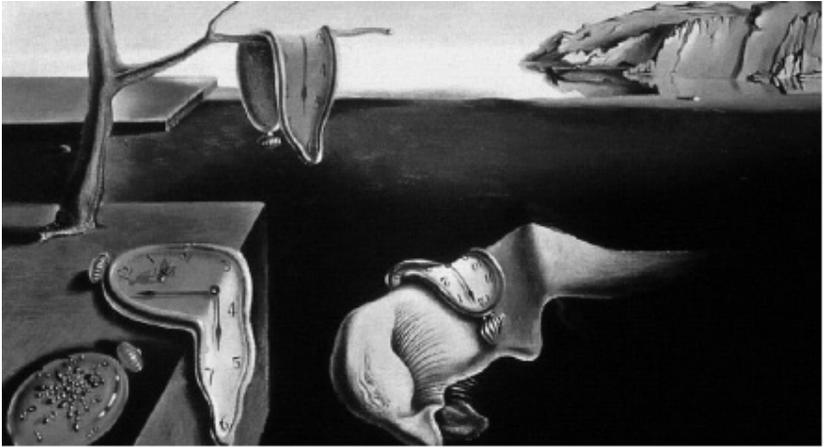
Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía entre los individuos pueden estar justificadas si la mayor libertad de algunos sirve para incrementar la de los menos aventajados, se sigue que para promover la autonomía de estos últimos son exigibles ciertos deberes positivos por parte del Estado. Por tanto, para el liberalismo igualitario, los derechos sociales y culturales —como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a la seguridad social, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural, etc.—, son una condición necesaria para el desarrollo de los derechos individuales. Sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, a la integridad física o a las libertades y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio.

La crítica al liberalismo en el sentido de que atenta contra la igualdad se ha apoyado en la idea de que frente a la tensión entre los valores de libertad e igualdad, el liberalismo otorga prioridad al primero, argumentando que la idea de autonomía personal es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados. La respuesta a esta crítica consiste en mostrar que no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes, pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se adjudica a alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa: la propia libertad y dignidad de las personas.

Estas son, a mi parecer, algunas de las credenciales filosóficas de Ramsés Montoya. Este es el espíritu que permea el libro. Ya el

lector podrá adentrarse en el análisis más fino, de gran densidad jurídica, que con gran calidad y profundidad Ramsés Montoya desarrolla en cada uno de los capítulos. Bienvenida la iniciativa de su publicación y enhorabuena por el apoyo de Rogelio Flores y Juan Martín Granados a través del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Igualmente, mi reconocimiento a la Universidad Autónoma de Querétaro, a través de la cual se han podido formar juristas de la talla de Ramsés, quienes aportan ideas estimulantes y refrescantes al siempre pertinente debate de la justicia y el derecho.

RODOLFO VÁZQUEZ CARDOZO
Ciudad de México, 2018



La persistencia de la memoria
Salvador Dalí, 1931

Presentación

Una obra de arte dice más que mil palabras: en ella es posible apreciar profundas reflexiones que se expresan en silencio. Su importancia radica en el mensaje evolutivo que transmite a distintas generaciones e invita a la retrospectiva de la conducta humana. La cercanía a ella permite relativizarla en el tiempo, entenderla e interpretarla desde distintas dimensiones. Finalmente, como lo sostiene la filosofía analítica, las personas somos sujetos intepretativos.

La humanidad ha sentido cierta fascinación por el concepto del tiempo. Desde grandes pensadores como Einstein, para quien *el tiempo era relativo*, hasta Stephen Hawking, quien en su obra *A brief history of time* alienta a preguntarse sobre el inicio del tiempo, si no resultara paradójico ante el hecho contradictorio de que para ello debería partirse desde un punto temporal que, en sí mismo, significaría ya un inicio con el cual se contabiliza el tiempo siguiente.

La inquietud de reflexionar sobre el tiempo ha nutrido grandes discusiones y arrojado respuestas quizá inesperadas. Por ejemplo, la de advertir que el universo es finito, pero sin límites, bajo la otra paradójica situación de tener que identificar su finitud sin elementos dentro de los cuales se puedan dimensionar sus fronteras; discusiones que traen de vuelta al análisis del tiempo, su medición, límites o finitud.

El arte no ha sido ajeno al debate. Salvador Dalí, en *La persistencia de la memoria*, ubica al tiempo como un símbolo central de angustia para la conciencia humana. En su obra sobre lienzo

se pueden apreciar, desde un enfoque surrealista, unos relojes derretidos dentro de una bahía que, con otros objetos, dejan ver el mar y una formación rocosa al fondo.

La interpretación del cuadro, con la dosis de subjetividad que ello implica, supone una reflexión sobre el tiempo. Lo que perdura en la imagen es todo, menos el tiempo y lo que este engloba. Para muchos significa que el tiempo lo abarca todo y que, en ese sentido, todo es perecedero. Otros sugieren que alude a que la memoria de lo acontecido durante el tiempo personal permanece al ser transmitido. La obra nos muestra, ante todo, la importancia personal y colectiva que los seres humanos le damos al tiempo.

Bajo este tenor, se enmarca la pertinencia de hablar hoy de forma colateral al tiempo. La reflexión académica que propone este documento se concentra no solo en mirar el contexto actual, sino también en considerar el pasado y el futuro con el ánimo de llamar la atención sobre el debate de si la vida constitucional de ciertas restricciones obedece a algún propósito y justificar así una metodología para su evaluación. De alguna forma, esto constituye una manera de personalizar el tiempo en lo colectivo, desde el derecho, la Constitución y sus derroteros.

El epicentro de la discusión actual en la teoría del derecho se conforma por el análisis de los derechos humanos. Una parte importante de la academia ha dedicado una amplia reflexión a su construcción epistemológica, su entendimiento teórico, su institucionalización operativa y lo que está detrás, delante y alrededor de varios derechos.

En este acercamiento tridimensional —epistemológico, teórico y operativo—, la administración de justicia cobra relevancia en la medida en que, desde la práctica judicial, aparecen temas cuyas fronteras en materia de derechos humanos suponen una pausada reflexión desde la teoría de la justicia y su relación con el derecho.

Somos más propensos a preguntarnos sobre la justicia cuando recordamos los problemas del mundo. Revelli, en *La política perdida*, nos recuerda un relato: el 26 de octubre de 2002, el Grupo Alfa de las Fuerzas Especiales rusas recibió la orden de irrumpir en el Teatro Dubrovka en Moscú, en el que un comando cheche-

no mantenía secuestradas a 922 personas. La acción fue fulminante y con resultados devastadores: no solo murieron todos los secuestradores, sino también un buen número de rehenes.

Al principio no se reconocieron más que unas pocas decenas, después más de 120 personas, según el reporte oficial. Solo cinco murieron por herida de arma de fuego y todos los demás como consecuencia del misterioso gas empleado por las fuerzas de seguridad durante el asalto. Una de las sobrevivientes dijo al diario *Kommersant*: “Nos han envenenado como a cucarachas”. Un médico añadió: “Los que fallecieron, lo hicieron ahogados en sus propios vómitos, por la asfixia provocada por sus propias lenguas y con el corazón paralizado”.

Varios relatos de barbaridad similar se pueden encontrar en los últimos tiempos en Latinoamérica, especialmente en México. Hace poco, el 22 de mayo de 2015, ocurrió un supuesto enfrentamiento entre hombres armados y agentes de la Policía Federal en el Rancho del Sol ubicado en Tanhuato, Michoacán.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió una recomendación en la que determinó que las fuerzas del Estado se habían excedido en el uso de la fuerza e indicó que se había ejecutado de forma arbitraria a 22 civiles, algunos por encontrarse dormidos durante el operativo y otros por haber recibido los disparos por la espalda.

Asimismo, se estableció que la policía había torturado a cuatro personas más y que se había manipulado la escena del crimen al colocar los cadáveres en posiciones distintas a las que habían quedado. Incluso se agregó que se habían colocado armas cerca de los cuerpos con la finalidad de justificar la supuesta agresión que repelieron los agentes del Estado. En el informe también se señaló que las fuerzas policiales quemaron viva a una de las personas en el lugar.

En esos escenarios, las preguntas no se hacen esperar. El miedo y el sentimiento de indignación se acumulan de inmediato. Las víctimas, directas e indirectas, y la sociedad dolida cuestionan a las instancias correspondientes respecto a la intervención humanitaria y la falta de respeto a los bienes básicos de cada ser humano. Con ello, las cosas ya no son iguales. Hay un viraje

completo en la forma de ver la vida. Las tragedias revelan formas primitivas y violentas de convivencia social.

La autopreservación parece querer prescindir del derecho. Se busca reconquistar el monopolio de la violencia para poder golpear y recriminar a los perpetradores por lo que han hecho. La vocación de proteger y controlar la supervivencia del contrato social supone una lógica de dominación, como si militarizar el mundo reubicara nuevamente a la justicia como parte del arte de la política.

La violencia frente a los albores de la modernidad está lista para legitimarse y ser usada con exceso despiadado, capaz de controlar el destino de los problemas actuales del mundo. El eje del mal para obtener el bien: la violencia para lograr la paz; la destrucción para justificar el poder. El mito peyorativo del caos para llegar al orden común. Es ahí donde el jurista o filósofo del derecho se debe preocupar por la relación entre derecho y justicia, para evitar caer en un bucle temporal dentro del que sucesos como los narrados se repiten una y otra vez, como si se tratara de una suerte de programación a la que estamos predeterminados.

En este marco, todas las preguntas apuntan al ejercicio de los derechos humanos. En efecto, hablar de justicia —que sin duda es el elemento moral que subyace permanentemente al derecho— pone siempre en la mesa la necesidad de hablar de los derechos de las personas y su tutela. Sin embargo, también en eventos como los narrados y muchos otros de igual preocupación está latente la urgencia de sentar ciertas restricciones en su ejercicio, en aras de obtener ciertos bienes colectivos tan necesarios e importantes como la paz y la seguridad.

Cuando entra en conflicto el ejercicio de un derecho frente a la restricción de otro con el mismo nivel de previsión constitucional se genera un problema que el intérprete de la norma debe disipar, y en el que en muchas ocasiones interviene —desde su realidad y contexto— con una mirada crítica y una conciencia ética acerca de cómo se justifican los límites a los derechos humanos, así como los límites que tienen esas medidas restrictivas.

El éxito de los derechos es proporcional al límite de sus alcances. Dado que no es posible que existan posiciones absolutas o de máximos que impidan el ejercicio de unos derechos frente al disfrute de otros, es justamente la idea de armonía la que preside esta obra, para buscar bases sólidas con miras a considerar las posibilidades constitucionales que permitan evaluar las restricciones desde un parámetro razonable y asegurar los mínimos comunes de paz, sin renunciar a las libertades fundamentales.

Es verdad que resulta habitual que la situación de ejercicio de un derecho supone, por lo general, que se incida de forma directa o indirecta en el disfrute de otros. Por tanto, no se desconoce la relativización del carácter que tienen los derechos como límites al poder o en relación con otros bienes. Así, de lo que se trata es de evitar los extremos absolutos del disfrute de los derechos y de sus restricciones para hacer compatibles los escenarios de tutela, sin limitaciones injustificadas ni posiciones de prevalencia cuyo propósito sea una mera ilusión.

Para lograrlo, el presente trabajo se ha estructurado en tres apartados: el primero busca disipar la duda de si existe alguna relación clara entre derecho y justicia; en el segundo se describe qué aproximación epistemológica actual permite integrar esa relación desde la teoría contemporánea y las connotaciones que ello guarda con la tarea que juega el intérprete y, por último, se enfrenta la problemática de si, a partir de estos elementos, es posible proponer una metodología de evaluación de los límites de los derechos para justificar su legitimidad.

El tema central consiste en profundizar acerca de si las restricciones en materia de derechos humanos pueden encontrar un aval normativo en el modelo constitucional, y si es posible evaluar la legitimidad de las mismas. La cuestión es novedosa porque hace poco, en una determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se indicó que en todos los casos en los que la Constitución establece una restricción expresa, se debe atender, sin excepción, a la restricción.

Sin embargo, más allá de los cuestionamientos que varios académicos han hecho sobre la congruencia de la determinación,

hasta el momento no existe un estudio detallado que proponga las bases para construir una teoría de las restricciones constitucionales que sirva para constatar si estas son legítimas para la tutela adecuada de los derechos dentro del nuevo modelo constitucional que rige en México.

En el primer capítulo se describe un punto elemental de la teoría jurídica positivista que ha permitido hablar desde una nueva dimensión comprensiva, muy distinta de lo acostumbrado, para ubicar que en la actualidad —contrario a lo que siempre había predicado dicha corriente teórica— es posible hablar de una relación entre derecho y justicia, acorde con las últimas ideas filosóficas que, originadas desde la razón práctica, han logrado ocupar varios de los debates más interesantes del siglo actual.

En el segundo capítulo se formula una propuesta para poder entender el derecho desde una visión epistemológica y ético-constructivista con tendencia hermenéutica, en donde la interpretación es pieza clave para la delimitación de los contenidos jurídicos, y en la que la visión de justicia debe perseguirse desde una dimensión argumentativa racional, plural e igualitaria.

El capítulo final inicia hablando del tipo de interpretación constitucional preferible, para luego describir cómo han sido entendidas las restricciones constitucionales de los derechos desde la teoría. Como punto intermedio, se menciona la problemática que ocasiona una resolución en torno a dichas restricciones en la interpretación jurídica con motivo de la reciente incorporación del principio *pro persona* al sistema jurídico mexicano; para, finalmente, plantear que las restricciones constitucionales deben ser analizadas con base en una metodología poco explorada por los jueces nacionales —fincada en el comunitarismo, pero con un respaldo convencional—, la cual se propone para ir pensando en una solución sobre la problemática que representan los casos concretos, con el ánimo de que tales restricciones evolucionen hacia un enfoque más cercano a la justicia liberal.

En este marco, es fundamental la premisa de la que parte el *ius constitutionale commune* en América Latina, consistente en que el derecho promueva el bienestar. Su principal misión está en navegar hacia un constitucionalismo transformador. Los insumos normativos serían la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos, los demás instrumentos interamericanos y la interpretación que de ellos hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, mirando incluso a otras jurisdicciones y al derecho comparado, para aplicarlo finalmente en la jurisdicción interna. El punto final de este libro no es otro que plantear el debate para establecer las bases de una teoría de las restricciones constitucionales legítimas en materia de derechos humanos y con ello, a modo aspiracional, contribuir de algún modo a la reflexión de temas que pueden orientar a una mejor administración de justicia.

Para terminar esta introducción, cabe reconocer el invaluable apoyo que recibí para concretar el proyecto, el cual en parte es resultado de mi tesis doctoral y del apoyo brindado por la División de Investigación y Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Dicha tesis pudo encontrar rumbo gracias a las discusiones y observaciones que se desarrollaron en distintas clases, conferencias y seminarios con alumnos, académicos, profesores, jueces, magistrados y consejeros. Son muchas las personas, espero no olvidar a ninguna: Luis Avendaño, Norberto Alvarado, Antonio Guiza, Alejandra Esparza, Diana Nava, Carlos Navia, Carlos Olguín, Héctor Valladares, César Carvajal, Pablo Maffrand, Liliana Ávila, Franklin Cevallos, Agustín Martín, Felipe Torres, David Tejeiro, Ramón Ortega, Roberto Lara Chagoyán, Javier Mijangos, René González de la Vega, Luis Fernando Rentería, Marte Guía Ferrer, Edgar Caballero, Isabel Lifante, Hugo Ortiz, Juan Antonio Pérez Lledó, Jesús Vega, María Eugenia Rodríguez Palop, Sergio Arturo Guerrero Olvera, Karla Macías, Jacques Jácquez, Ramiro Rodríguez y Mauricio Barajas. Varios de ellos participaron dentro de las jornadas de trabajo y creación de la Red Iberoamericana de Argumentación Jurídica.

Un agradecimiento especial a Roldofo Vázquez por su apoyo entusiasta, tanto al aceptar prologar este libro como al contribuir generosamente en mi formación académica. Mi más expresiva gratitud para Juan Martín Granados y Rogelio Flores, por la motivación y paciencia para la publicación del libro, producto del esfuerzo de ambos por difundir y promover discusiones jurídicas de actualidad e importancia para México.

Por último, agradezco el apoyo incondicional de Kelly y Dana, sin el cual este libro no se habría concluido; porque detrás de cada palabra hay tiempo que le pertenecía a ellas. Espero que esta obra compense un poco mis ausencias y refleje que mi intención siempre ha sido lograr que las personas vivamos en un mundo cada vez más distante de las injusticias.

RAMSÉS M. CAMARENA
Santiago de Querétaro, 2018

Capítulo 1

Derecho y justicia

La razón pública es característica de un pueblo democrático: es la razón de sus ciudadanos, de quienes comparten una posición de igual ciudadanía

John Rawls

1.1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se describe un punto elemental de la teoría jurídica positivista que ha permitido hablar desde una nueva dimensión comprensiva —muy distinta de lo acostumbrado— para ubicar que en la actualidad —contrario a lo que siempre había predicado dicha corriente teórica— es posible hablar de una relación entre derecho y justicia, acorde con las últimas ideas filosóficas que, originadas desde la razón práctica, han logrado ocupar varios de los debates más interesantes del presente siglo y que hoy en día tienen a los juristas en constante reflexión.

1.2. UNA MATRIZ AXIOLÓGICA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Las reflexiones sobre el positivismo jurídico hacen recordar una pregunta que ha dado mucho de qué hablar en el ámbito de la filosofía del derecho: ¿todo el derecho es derecho positivo? o, dicho en otras palabras, ¿el derecho se constituye solo por lo legislado?

De Kelsen a la fecha, han sido muchas las discusiones que se han suscitado al respecto. Es frecuente tomar como referencia el debate generado por las reflexiones de Hart, en virtud de que aun cuando el propósito del profesor de Oxford en sus últimos escritos fue el de mantenerse dentro de las filas de los que defienden la tesis de la separación entre derecho y moral, hay quienes interpretan algunos de sus textos como una defensa a la tesis de la vinculación.¹

Gran parte del debate contemporáneo puede registrarse a partir de la tradición positivista anglosajona de corte analítico, en tanto que ha sido la corriente teórica que ha insistido con mayor fuerza sobre la distinción conceptual entre derecho y moral. Por eso es que gran parte de la misma polémica también se ha concentrado en dichas obras.

La gran pregunta de cuál es la necesidad de diferenciar el derecho de la moral, si finalmente los dos constituyen un sistema normativo, ha sido materia de innumerables esfuerzos hechos por grandes juristas para aclarar algunas nociones al respecto.

Para identificar al positivismo jurídico, Hart distingue cinco significados:

- 1) las leyes son mandatos;
- 2) la validez y la justicia de una norma no están necesariamente vinculadas entre sí;
- 3) el análisis de los conceptos jurídicos no debe confundirse con la sociología jurídica ni con la crítica de las leyes;
- 4) un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado, y
- 5) los juicios morales no pueden ser establecidos y defendidos con argumentos o pruebas racionales.²

Muy similar a Hart, Bobbio también define al derecho partiendo de cinco puntos:

¹ Los textos a los que se hace referencia son: Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012; *Law, liberty and morality*, California, Stanford University Press, 1963; *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000 y “Positivism and the separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-630.

² Véase Hart, H.L.A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-630.

- 1) la definición del derecho;
- 2) la teoría de la norma jurídica;
- 3) la teoría de las fuentes del derecho;
- 4) la teoría del ordenamiento jurídico, y
- 5) la teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica.

Para el filósofo italiano, es sobre dichas características que se sostiene la teoría positivista del derecho:

Por lo que respecta a la definición del derecho, es característica de la teoría positivista una concepción voluntarista del derecho (*stat pro ratione voluntas*), y una identificación de la voluntad creadora del derecho con la voluntad del soberano político (en definitiva, una reducción total del derecho al derecho estatal, vinculada con la aludida importancia de la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado). Por lo que respecta a la concepción de la norma jurídica, el positivismo ha sido a menudo identificado (a partir de Austin y tal vez por influencia suya) con el imperativismo (las normas jurídicas son mandatos). La teoría de las fuentes del positivismo jurídico está caracterizada por la sobreestimación de la ley y la subestimación del derecho consuetudinario y del derecho judicial. Con referencia al conjunto de las normas de un sistema jurídico dado, al que se ha atribuido el nombre de orden jurídico, el positivismo jurídico ha elaborado y definido estrictamente el llamado dogma de la plenitud (ausencia de lagunas) y en forma secundaria, también el de la coherencia (ausencia de antinomias). Finalmente, la teoría de la interpretación característica del positivismo jurídico es aquella según la cual la tarea primera del jurista o del juez es la de declarar el derecho preexistente y no la de crear reglas nuevas, y el método de la interpretación está constituido preferentemente por operaciones lógicas [...].³

Lo cierto es que por más que el positivismo jurídico defienda de forma incesante la tesis de la separación entre el derecho y moral —incluso la subtesis de que tal relación es contingente—, la lectura detenida de estos dos autores permite encontrar algunos elementos a través de los cuales se filtra la necesidad de reconocer en ciertos aspectos que el derecho no es ajeno a la ética. El propio Hart toma enorme distancia del positivismo jurídico

³ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2015, p. 145.

analítico de la escuela oxoniense, a pesar de provenir de dicha formación jurídica.

1.2.1. El punto de vista interno del derecho: varias coordenadas

Algunas coordenadas sobre el tema se orientarían a decir que la tesis de la separación entre derecho y moral no supone en absoluto decir que las normas jurídicas no tienen contenidos morales o inmorales, como de hecho los tienen, ni que no deban tener contenidos moralmente valiosos; que su interpretación, cuando las normas se expresan en términos morales, no requiera —como la de todas las normas formuladas en términos vagos o valorativos— decisiones interpretativas orientadas por opciones morales o, en todo caso, por juicios de valor. Lo que se quiere decir con ello, defiende Ferrajoli, es solamente que la validez de las normas jurídicas no implica su justicia y que esta no es implicada por aquella, sino que depende únicamente de su conformidad y su coherencia con otras normas, formales y sustanciales, sobre su producción.

En tal sentido, según el filósofo italiano, la fórmula de la separación equivale, en los ordenamientos codificados, a un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, pues esa fórmula expresa el significado mismo del positivismo jurídico, ya que equivale a la tesis según la cual el derecho es cualquier conjunto de normas creadas por quien está autorizado para producirlas, independientemente de sus contenidos y, por tanto, de su posible injusticia.⁴ Dicha tesis es muy cercana al positivismo que defendía Kelsen, según el cual “no se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico”.⁵

⁴ En el prólogo del texto de Bobbio, Norberto, *ibidem*, p. 15, Ferrajoli aclara que la tesis de la separación no aboga por desconocer que el derecho guarda ciertos contenidos morales, sino solamente intenta deslindar la relación entre derecho y moral, para distinguir que derecho y justicia no son lo mismo.

⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2013, p. 228.

Sobre lo mismo se pronunció Hart al señalar que por positivismo jurídico se entiende “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.⁶

El último señalamiento de Hart permite recuperar un par de ideas, ya que, al estar fundado en la vinculación contingente o aleatoria entre derecho y moral, testimonia que nunca se niega la coincidencia entre los órdenes jurídico y moral en las añejas discusiones positivistas, pues en más de una ocasión las pautas normativas expresan principios morales, e inclusive, los propios tribunales, más de una vez, deciden de acuerdo con lo que consideran más justo desde un punto de vista moral.

Para Hart, no es que se desconozca que el derecho y la moral guardan alguna relación, sino que, en su concepto, solamente es indispensable tener bien claro que el hecho de que ambos sistemas normativos estén relacionados no significa que la inclusión de la moral en el derecho sea lo que da validez a este último.

Hart lo describe de la siguiente forma:

Es importante distinguir algunas de las muchas cosas diferentes que se pueden querer decir al afirmar o al negar que el derecho y la moral están relacionados. A veces, lo que se afirma es un tipo de conexión que pocos, si es que alguien lo ha hecho, han negado [...] Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Pero es posible tomar esta verdad ilícitamente, como fundamento de una proposición distinta: a saber, que un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o *tiene que* apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo. También aquí, aunque esta proposición puede, en algún sentido, ser verdadera, no se sigue de ella que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico

⁶ Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 230.

tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia[...].⁷

En su crítica, Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la cátedra de Oxford, indica que el error fundamental del positivismo jurídico fue desconocer el hecho de que, a la hora de argumentar y decidir, los operadores jurídicos no solo hacen intervenir normas de carácter jurídico, sino que también fundan sus sentencias en pautas razonables que no son parte del derecho.

Los primeros cuatro decenios del siglo xx estuvieron claramente definidos por la tendencia a desvincular a toda costa la ética de las ciencias sociales para mantener la separación entre ciencia y ética. Con motivo de esa arraigada necesidad de deslindar la ética del derecho, según lo determinado por los postulados de la epistemología positivista, se dejaron de observar cuestiones tan primordiales como las que había advertido Cesare Beccaria, quien sostenía que las bases morales de una época servían para normar las conductas del hombre:

Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, hallará casi siempre que los nombres de vicio y de virtud, de buen ciudadano o de reo cambian con las revoluciones de los siglos [...] Verá muy a menudo que las pasiones de un siglo son la base moral de los siglos futuros, que las pasiones violentas, hijas del fanatismo y del entusiasmo, debilitadas o corroídas, cabe decir, por el paso del tiempo, que lleva a todos los fenómenos físicos y morales al equilibrio, se convierten poco a poco en la prudencia del siglo y en instrumento útil en manos del fuerte y del advertido [...].⁸

Cabe referir que para Bentham, el jurista milanés en realidad no hacía alusión ni confundía bajo circunstancia alguna que una cosa era el derecho puesto (el derecho que es) y otra las ideas reformistas e iluministas que tenía en mente. En efecto, Bentham señalaba que Beccaria fue el primero en lanzarse a la crítica del derecho y a la lucha por la reforma sin confundir su tarea con

⁷ *Ibidem*, p. 229.

⁸ Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 2004, serie VI, p. 131.

la descripción del derecho que realmente existe. También aclaró que Beccaria nunca pretendió que las reformas que defendía fueran consideradas como derecho en algún sentido o como derecho verdadero, y por ello subrayó que siempre distinguiría entre el derecho que es y el derecho que debe de ser.⁹

Al margen de las consideraciones de Bentham no puede dejar de apreciarse que de la cita de Beccaria se advierte un atisbo con el que se logra anticipar a los estudiosos del derecho que los códigos normativos permiten dilucidar las condiciones de vicio o de virtud, de lo correcto o de lo incorrecto, mediante las bases morales que luego se normalizan precisamente a través de la asimilación que se tiene de los destinatarios por conducto de las reglas jurídicas.

Así que, en el fondo, lo que se dice no es que las normas jurídicas descansen sobre una base moral, sino que la calificación de ellas depende de los avatares históricos que den contenido ético a las regulaciones jurídicas, las cuales, con el paso del tiempo, serán criticadas y sometidas a escrutinio al tenor del desarrollo de la filosofía moral.

Desde otro punto, cabe decir que no es con motivo de la crítica que hace Hart a la teoría imperativa sostenida por Austin¹⁰ que se desprenda un cierto reconocimiento por parte del profesor de Oxford de que las reglas de un sistema jurídico deban estar necesariamente conectadas con algunos principios de

⁹ Véase Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

¹⁰ La crítica que Hart hace a la teoría imperativa en su libro *El concepto del derecho* se puede sintetizar en los siguientes puntos: a) con la teoría imperativa no podría entenderse una legislatura transitoria como las personas que son habitualmente obedecidas; b) el legislador crea derechos sobre los procedimientos legislativos y estos no siempre son órdenes habitualmente obedecidos; c) el cuerpo electoral desvirtúa la idea del soberano como entidad fuera del derecho, ya que el cuerpo electoral, al constituirse en soberano, cae en la contradicción de obedecerse a sí mismo, y d) la concepción imperativa no distingue entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren potestades o derechos. Páramo, Juan Ramón, *Herbert Lionel Adolphus Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984, pp. 341 y 342.

justicia, como en su caso lo consideró Lon Fuller,¹¹ sino que en realidad, para algunos, el hecho de que Hart reconociera una cierta zona de penumbra en los textos legales —que quedaría en manos del juez descifrar y decidir— era de lo cual se podía entender un cognoscitivismo en las tesis hartianas,¹² pues da la pauta para inferir que para Hart, aunque en la interpretación debe obedecerse lo que prescribe el derecho, también en la decisión del juez —cuando una norma sea injusta— existe la posibilidad de seguir una obligación moral, que en su caso implica la desobediencia del derecho. Hart lo expone con base en el siguiente caso:

En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa, en uso de licencia otorgada por el ejército alemán. La mujer no estaba obligada por la ley a denunciar al marido, aunque lo que este había dicho aparentemente violaba ciertas leyes que calificaban de delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación —parece— de esas leyes aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue procesada en un tribunal de Alemania Occidental por el delito que nosotros llamaríamos “privación ilegal de la libertad”. Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes “nazis” y que, por tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando este hubiera sido condenado por haber violado la ley, ya que, para citar las palabras de la Corte “dicha ley era

¹¹ Para Fuller, la eficacia de un sistema jurídico deriva de una aceptación general de ciertas reglas, aceptación que se traduce en ver qué es lo correcto en un orden jurídico; concepto que, sin duda, hace alusión a una noción moral que debe unir al derecho y a la moral. Véase Fuller, Lon, *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

¹² Guastini, Riccardo, “La interpretación. Objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 33 y 34.

contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes” [...].¹³

Es sin duda una decisión liberal la que toma Hart para salir del dilema de la obediencia al derecho, ya que en lugar de reconocer total fuerza jurídica a las normas, aboga por que tenga prevalencia moral la finalidad de obedecer dicho mandato con el objeto de buscar si persigue algún sentido ético el acatarlo. Una crítica que podría encuadrar en este punto es aquella en que Bobbio reconoce que el error de cierto positivismo jurídico consiste en haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto; pero este no es mayor que el error de la teoría contraria que eleva a valor absoluto la ideología de la desobediencia.¹⁴

Siguiendo este análisis, el problema de la obediencia parece presentarse en la siguiente dicotomía: ¿debe obedecerse la ley solo cuando es buena o, en su caso, es necesario obedecer la ley aun cuando su propósito sea malo?

Cualquiera que sea la respuesta, para su justificación habrá de tomarse un cauce racional de índole moral a fin de ponderar, bajo ciertos parámetros éticos, cuál es la opción que debe atenderse. Por ejemplo, de seguirse la idea de que la obediencia de la ley es tal, sin importar que su propósito sea injusto, entonces debería adoptarse una posición del positivismo formalista o, en todo caso, del positivismo ideológico. El primero defiende que el acto justo es aquel que es conforme a la ley, mientras que en el segundo se confiere al derecho un valor positivo por el solo hecho de existir.

Pero esa no parece ser la idea de Hart, pues advierte que, de algún modo, la fuerza normativa de la regla nazi en el ejemplo anterior se vio superada, según la interpretación de la corte de apelación, por un cánón ético que impidió que surtiera sus efectos;

¹³ Hart, H.L.A., “Positivism and the separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 618 y 619. La traducción es de Carrió, Genaro, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Hart, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.

¹⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 114.

de modo que no es necesariamente arbitrario —como lo pensaría Bobbio en su crítica— conceder algún parámetro de racionalidad ética a los juzgadores para determinar cuándo una norma habrá de ser obedecida, ya que, a fin de cuentas, lo que se está defendiendo no es una postura absolutista sobre la desobediencia, sino solo la posibilidad de analizar las normas desde un enfoque de justicia y, a partir de ahí, razonar en cada caso qué tan positivo o negativo es decidir que una norma pueda ser desobedecida.

Esto no habría de ser novedoso en la teoría de Hart, por cuanto se refiere al punto de vista interno de las reglas jurídicas, pues para muchos autores, entre ellos Garzón Valdés, esa forma de pensar supone un elemento moral, y ello permite dar cuenta de que existe una relación necesaria entre derecho y moral:

Se admite que la presencia de lo que Hart ha llamado “punto de vista interno” es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido, de acuerdo también con Hart, del “punto de vista externo”. Ambos se refieren a razones que pueden tenerse para obedecer el derecho. En el caso del punto de vista externo, ellas son de tipo prudencial. Dado que las razones para obedecer el derecho solo pueden ser prudentiales o morales, el punto de vista interno implicaría una adhesión a las normas del derecho por razones morales. El punto de vista interno podría ser traducido, pues, sin inconveniente semántico como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe. Dicho con otras palabras: todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Es decir, habría una relación necesaria entre moral y derecho [...].¹⁵

En ese sentido, Garzón indica que si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivación jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica

¹⁵ Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y moral”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco Javier (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 399.

o ética. Entonces, puede señalarse que para mantener su cohesión, las sociedades no pueden adherirse a las normas jurídicas sin reparar al menos dogmáticamente en si la estructura jurídica diseñada es en alguna medida considerada justa.

Además, para Garzón, no debe dejarse de lado que para lograr una convivencia social, los intérpretes encargados de aplicar el derecho se guían muchas veces por una estructura dogmática que está representada por una pretensión de corrección moral, que él denomina *intentio dogmática* o pretensión de legitimidad.

Es por ello que no podría caerse en el absurdo, dice el filósofo argentino, de pensarse que un sistema jurídico es legítimo sin pretender que lo sea;¹⁶ por eso es que la regla de reconocimiento del sistema jurídico descansa siempre en un punto de vista moral.

Varios autores coinciden con Garzón, entre ellos MacCormick, quien, de forma muy similar a lo que sostiene Alexy, imprime un grado de importancia a la pretensión de corrección, pues para él implicaría una contradicción pragmática que una legislatura dictara una ley con el propósito expreso de implementar una discriminación injusta, ya que la sola idea de que exista una legislación promulgada sin tener siquiera una pretensión de corrección sería algo absurdo.¹⁷

Por su parte, el profesor de Kiel se refiere a la pretensión de corrección como un elemento necesario del concepto de derecho, ya que con ella se establece la conexión entre derecho y

¹⁶ Para sostener su postura, Garzón pone como ejemplo lo explicado por Wittgenstein con respecto a una creencia sobre la que se afirma lo contrario. El autor lo expone así: “Por ello, podía afirmar Wittgenstein, si existiera un verbo con el significado ‘creer falsamente’, no tendría sentido la primera persona del indicativo [...] ‘creo y, no así’ sería una contradicción”. Con respecto a la pretensión de legitimidad por parte de las autoridades de un sistema jurídico, la observación de Wittgenstein podría ser parafraseada de la siguiente manera: es contradictorio afirmar «creo que mi sistema es legítimo, pero no pretendo que lo sea» o «La regla de reconocimiento coincide con mis valoraciones primarias, pero es incorrecta moralmente». *Ibidem*, p. 400.

¹⁷ MacCormick, Neil, “The separation of law and morals”, en R. P., George (ed.), *Natural law theory-Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 112.

moralidad. El ejemplo más conocido de Alexy para precisar su tesis es el hipotético caso en que una Asamblea Constituyente resuelve incluir como prescripción constitucional que determinado país se constituya como una república soberana, federal e injusta; ya que de pensarse que eso sea posible, se aduce que se incurriría en cometer una contradicción performativa.¹⁸ Además, Alexy agrega que la pretensión de corrección dentro de la teoría del discurso deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria y que conecta al derecho con una moral procedimental universalista.¹⁹

1.3. EL PUNTO DE VISTA INTERNO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

En términos hartianos, se podría decir que, para Bobbio, el positivismo jurídico expresa, en el estudio del derecho positivo, el punto de vista interno del mismo, mientras que el iusnaturalismo expresa el punto de vista axiológico externo. Si bien el punto de vista externo del que habla Hart no es el punto de vista axiológico de la justicia, sino el sociológico de la efectividad o de la explicación causal, lo cierto es que estas dos bien pueden constituirse como una consecuencia derivada de la motivación moral que se tiene para dar eficacia a una interpretación jurídica.²⁰

Conviene apuntar que, no obstante la calificación de Garzón sobre la tesis del punto de vista interno del derecho que sostiene Hart, hay autores, como Rodolfo Vázquez,²¹ que reconocen que el profesor de Oxford fue consistente a lo largo de su producción

¹⁸ Alexy, Robert, "On necessary relations between law and morality", en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio, 1989, p. 177.

¹⁹ Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 115.

²⁰ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 12.

²¹ Vázquez, Rodolfo, "Una versión 'débil' de la relación entre derecho y moral. Hart y la polémica con Fuller, Devlin Dworkin", en Granja Castro, Dulce María y Santiago, Teresa (eds.) *Moral y Derecho. Doce ensayos filosóficos*, México, SCJN-UAM, 2011, p. 14.

académica en sostener la tesis de la separación entre derecho y moral. Como muestra, hay que recordar que en su *Post scriptum al concepto del derecho*, Hart no aceptaba los argumentos de Dworkin para rechazar una teoría jurídica prescriptiva:

Es verdad que para este propósito el teórico jurídico descriptivo tiene que *entender* qué es adoptar el punto de vista interno y en ese limitado sentido tiene que ser capaz de ponerse en lugar de un participante; pero esto no es aceptar el derecho o compartir o respaldar el punto de vista interno del participante o entregar, de cualquier manera, su sitio descriptivo.

Dworkin en su crítica a la jurisprudencia descriptiva parece excluir esta obvia posibilidad que tiene un observador externo que toma en cuenta, de esta manera descriptiva, un punto de vista interno del participante, puesto que, como he dicho, Dworkin identifica a la jurisprudencia como “la parte general de la judicación” y esto es tratar a la propia jurisprudencia o teoría jurídica, como parte de un orden jurídico, visto desde la perspectiva interna de sus participantes judiciales. Sin embargo, el teórico jurídico descriptivo puede entender y describir la perspectiva interna del derecho que tiene el participante sin adoptarlo o compartirlo. Aun si (como Neil MacCormick y otros críticos han sostenido) la perspectiva interna del participante, hecha manifiesta en la aceptación del derecho el cual proporciona guías a la conducta y estándares de crítica, incluye necesariamente la creencia de que hay razones *morales* para conformarse con los requerimientos del derecho y justificación *moral* para el uso que hace de la coacción. Esto sería, también, algo que una jurisprudencia descriptiva moralmente neutral tiene que registrar, pero no respaldar o compartir [...].²²

Hasta aquí, lo que no se puede negar es que, en cierto sentido, Hart aceptaba que la regla de reconocimiento puede incorporar la conformidad con principios morales o sustantivos como criterio de validez jurídica; tanto así que la doctrina que defiende es el “positivismo suave”, en lugar del mero “positivismo de hechos” del que le ha acusado Dworkin. Aclara que la regla de reconocimiento no surge de meros criterios de hechos que tengan razones de pedigrí, pues admite que los límites del contenido de

²² Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tama-yo y Salmorán, México, UNAM, 2000, pp. 15 y 16.

la legislación pueden ser sustantivos con respecto a ciertos derechos, como sucede en relación con la religión o las restricciones del derecho al voto que se prevén en las enmiendas décimosexta o décimonovena de la Constitución de Estados Unidos.²³

Otro positivista contemporáneo que ha hecho énfasis en la pretensión de legitimidad es Joseph Raz, al indicar que, a pesar de que un sistema jurídico pueda carecer de autoridad legítima, lo real es que todo sistema pretende tener dicha autoridad. Por eso, apunta que si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces, sin que importe lo que este sea, tiene que ser capaz de poseer autoridad.²⁴

Así lo expuso Raz en uno de sus ensayos más conocidos, en el que critica a Hayek sobre la idea de Estado de derecho. El positivista sostiene que el Estado de derecho significa literalmente eso; lo cual, en su sentido más amplio, significaría que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él. Asimismo, precisa que tal significado tiene dos aspectos:

- 1) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, y
- 2) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él. Esa concepción no dice nada sobre cómo debe ser creado el derecho; nada sobre los derechos humanos, la igualdad o la justicia.

Para Raz, existen varios principios que rigen un Estado de derecho, entre ellos:

- a) todas las disposiciones deben ser prospectivas, abiertas y claras;
- b) las disposiciones tienen que ser relativamente estables;
- c) el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (ordenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales;
- d) la independencia del poder judicial tiene que ser garantizada;

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ Raz, Joseph, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 199.

- e) los tribunales deben tener poder de revisión sobre la implantación de otros principios, y
- f) los tribunales deben ser fácilmente accesibles.

Los principios *a)*, *b)* y *c)* requieren que el derecho se conforme por estándares hechos para permitirle guiar efectivamente la acción. Este requisito quizá sea más visible cuando se expone que las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables. Al respecto, Raz expone lo siguiente:

Las disposiciones jurídicas no deben ser cambiadas con mucha frecuencia, si lo hacen la gente encontrará dificultad en saber lo que el derecho es en determinado momento y estará siempre temerosa de que la haya cambiado desde que ella supo lo que era. Pero, aún más importante es el hecho de que la gente necesita conocer el derecho no únicamente para tomar decisiones de corto plazo (dónde estacionar el coche, cuánto alcohol es permitido libre de impuesto, etc.) sino para planes de largo alcance. El conocimiento de, cuando menos, las líneas generales y, algunas veces, de detalles del derecho fiscal y del derecho de sociedades mercantiles suele ser importante para planear negocios los cuales únicamente obtendrán frutos años después. La estabilidad es esencial si la gente tiene que ser guiada por el derecho en sus decisiones a largo plazo [...].²⁵

Lo indicado por Raz parece hacer énfasis en un principio elemental del liberalismo, al mencionar que las normas jurídicas deben obedecer a la condición de estabilidad para que entonces sea posible que las personas guíen su comportamiento acorde con el derecho y así puedan planear sus acciones a futuro. Si se mira muy de cerca esta afirmación, nada la separa del derecho al plan de vida que ha sido paulatinamente desarrollado en la doctrina constitucional o convencional del derecho internacional de los derechos humanos; el cual se basa al menos en dos premisas axiológicas elementales, a saber, la autonomía y la dignidad humana.

En efecto, dentro de la seguridad jurídica que pretende defender Raz se cuela un principio fundamental del liberalismo,

²⁵ Raz, Joseph, “El Estado de derecho y su virtud”, en Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2012, p. 20.

que es evitar la interferencia injustificada del Estado mediante el derecho, a fin de que la persona pueda desarrollarse libremente y hacer sus planes de vida hacia el futuro sin tener que soportar consecuencias innecesarias, producto de la inestabilidad del sistema jurídico o, al menos, que esas consecuencias sean de mínima afectación o sepa de ellas.

De este modo, aun cuando es una versión muy débil de la tesis de la vinculación entre derecho y moral, bien podría decirse que Raz reconoce la pretensión de legitimidad del derecho y también supone que para que el Estado de derecho exista —entendido como el orden jurídico que debe obedecer la gente— tiene que cumplir con la posibilidad de brindar a las personas una estabilidad normativa, a fin de que estas puedan desarrollar proyectos futuros; premisa que no se contrapone a la que afirma que el Estado debe favorecer, en la mayor medida posible, que el principio de no interferencia del liberalismo sea efectivo.

Así se confirma en otro apartado del mismo ensayo, cuando Raz sostiene:

Nosotros evaluamos la habilidad de escoger estilos y formas de vida, fijar objetivos a largo plazo y dirigir efectivamente nuestra vida hacia ellos. La habilidad para hacerlo depende de la existencia de marcos estables y seguros para la vida y la acción. El derecho puede ayudar a asegurar tales puntos fijos de referencia de dos maneras: 1) estabilizando las relaciones sociales, las cuales, si no fuera por el derecho, podrían desintegrarse o desarrollarse de manera errática e impredecible; 2) mediante una política de autolimitación, hecha con el propósito de que el derecho sea en sí mismo una base estable y segura para la planeación individual. De este último aspecto se ocupa el Estado de derecho.

Esta segunda virtud del Estado de derecho es, con frecuencia, identificada, como lo ha observado Hayek, con la protección de la libertad individual. Esto es correcto en el sentido en que libertad se identifique con la efectiva posibilidad de escoger entre el mayor número de opciones posibles. La predecibilidad de nuestro entorno incrementa efectivamente el poder de acción.²⁶

²⁶ *Ibidem*, p. 26.

Así que Raz no se encuentra tan alejado de compartir una noción de Estado de derecho que amplíe su horizonte formal al de la exigencia de los contenidos materiales dentro del ordenamiento jurídico, en donde, como lo ha explicado Danilo Zolo, existe una base axiológica construida por la reivindicación de la primacía del valor del individuo y sus correlativas exigencias de libertad y autonomía.

Es en esa condición que sin duda surge una lectura moral de las dimensiones del Estado de derecho, cuyo origen —también señala Zolo— se genera desde dos tesis básicas: el pesimismo potestativo y el optimismo normativo. El primero alude a una consecuencia de la influencia del liberalismo clásico y la desconfianza que este predica respecto al poder político que, por lo general, es entendido como peligroso respecto a las libertades individuales, pero que tiene que conjugar dicha desconfianza con el convencimiento de la necesidad de su existencia y de su ejercicio a la hora de procurar el orden y la estabilidad social. El segundo se conecta con la creencia en la capacidad del derecho de controlar, racionalizar y limitar el ejercicio del poder político.

Las dos dimensiones se pueden ver en la posición de Raz, desde el momento en que justifica la construcción del Estado de derecho como un mecanismo jurídico de limitación, estabilidad y previsión de las consecuencias que se generan por virtud de las acciones humanas; en la medida en que sugiere una limitación explícita de los efectos del poder, haciendo una diferenciación externa de las potestades y libertades que deben encontrarse aseguradas por las instituciones que aplican el derecho.

Una explicación que bien podría robustecer la crítica que se formula a Raz es la sostenida por Garzón, quien señala que cualquiera que sea la concepción moral que se defienda, siempre existe un valor en todo sistema jurídico, que es el de la seguridad jurídica, cuyas finalidades son lograr la convivencia pacífica de las personas y otorgar previsibilidad a las decisiones jurídicas.²⁷

Un autor que antaño reconoció la necesidad de proveer de legitimación al Estado de derecho mediante la protección de un sis-

²⁷ Garzón, Ernesto, “Seguridad jurídica y equidad”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 311-313.

tema de valores democráticos fue Elías Díaz, quien señala que el Estado de derecho encuentra su fundamento en la filosofía de la Ilustración, periodo de la razón y de la libertad ilustrada. Una razón crítica que implica la posibilidad de todos para comprender y deliberar sobre los asuntos públicos, los cuales están interrelacionados con tres principios: a) la efectiva autonomía individual; b) las exigencias de carácter democrático participativo, y c) las construcciones jurídicas que aseguran las libertades.

En ese sentido, Díaz apunta que hay una relación entre democracia y moral, así como entre democracia y política, de cuyo conjunto no se obtiene otra cosa que la democracia como institucionalización jurídica de las dos anteriores (moral y política).

Una decisión ética es base del sistema democrático, al garantizar la autonomía individual. Esto es lo que descansa detrás del Estado de derecho y, por eso, este legaliza o convierte en principio de legalidad, con fuerza coactiva, los valores éticos de libertad y justicia, así como los principios políticos de participación como parte de la legitimidad.

Díaz afirma que “la razón de ser del Estado de derecho es la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales”, lo cual no se logra “si no es a través de la participación de todos en la toma de decisiones”.²⁸ Por ello, aboga con toda amplitud por una teoría ética de la justicia, capaz de encontrar legitimación social y hacer coherente el principio de legalidad dentro de un Estado de derecho.

Una teoría de la justicia debe ser congruente con los principios de seguridad, libertad e igualdad. El Estado de derecho, como conquista lenta y gradual, construida por individuos, requiere ampliar el espectro de protección de las distintas manifestaciones de la libertad, tanto para lograr dar intervención a las personas en la toma de decisiones de los asuntos públicos como para frenar las interferencias en las demás zonas que deban salvaguardarse.

²⁸ Díaz, Elías, “Estado de derecho y legitimación democrática”, en Carbonell, Miguel; Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (coords.), *op. cit.*, pp. 61-95.

Díaz comenta que un derecho ilegítimo o injusto sigue siendo un derecho, al igual que lo es un Estado, aunque sea dictatorial o arbitrario. Sin embargo, ninguno de estos constituye un Estado de derecho porque la diferencia radica en que el imperio de la ley se crea desde la libre participación y representación de los ciudadanos, siempre que su forma de regulación sea coherente con distintos valores democráticos, como lo es la autonomía moral de las personas; ya que la democracia y el Estado de derecho no son una mera cuestión procedimental, sino que el respeto a la autonomía es parte constitutiva de la misma libertad real que les permite participar en la creación legislativa.²⁹

Muy cerca de estas ideas puede encontrarse a Carlos Nino, para quien el punto de vista material del Estado de derecho supone que no cualquier contenido puede ampararse en la ley desde el ámbito más formal, sino que se supedita a una línea moral de análisis que exprese valores o dimensiones sustanciales específicas de importancia; una suerte de sustantividad del derecho. Dimensiones que de ningún modo defienden una posición valorativa inmaculada, como la proveniente del iusnaturalismo escolástico, dado que solo reflejan un proceso de constitucionalización de bienes y valores de primer orden.

En esta vocación expansiva de la ética, de la que habla Garzón Valdés, bien se encuadra lo que Nino entiende como las dos nociones de constitucionalismo. El constitucionalismo débil es entendido como un régimen político en el que existe una Constitución como banco del conjunto de normas que prescribe la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y el individuo, imponiendo límites a la actividad legislativa. El problema está en que si no se habla de los contenidos, puede existir entonces una Constitución con cualquier tipo de contenido.

La otra parte, el constitucionalismo fuerte, hace referencia no solo a la existencia de normas que organizan el poder y permanecen inalterables frente a los procesos legislativos, sino que también, y fundamentalmente, se requiere de estructuras específicas de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la

²⁹ *Idem.*

vida pública;³⁰ con lo cual ya se generan condicionamientos a los contenidos constitucionales, cuya sujeción guarda siempre un punto de vista moral, en la medida en que busca regular, controlar y limitar de forma justa el poder.

Así, gracias a las ideas de Nino se puede entender que la mirada hacia lo constitucional precisa de un acercamiento directo a los contenidos que condicionan su lectura. Se trata de una lectura e interpretación desde los derechos junto con otros valores en que se fundamentan; de lo cual se obtiene un referente axiológico último del sistema constitucional, que es tomado como parámetro a la hora de determinar el sentido de las normas que conforman el sistema; de la misma manera que su consideración constituye un criterio de validez material para su conformidad con el resto de las normas del sistema jurídico.

Volviendo a Raz, lo destacado es importante porque, mientras que él parece no querer sostener nada respecto al liberalismo que afecta al derecho, Elías Díaz es explícito en reconocer que un Estado de derecho es, *per se*, necesariamente liberal, dado que su consigna principal es proteger las libertades de las personas, o de lo contrario no puede constituirse legítimamente.

De igual manera, permite observar que si un Estado de derecho se constituye bajo el régimen democrático, entonces debe admitirse que no solo la libertad es necesaria, sino también la seguridad y la igualdad; seguridad de la que también habla Raz y que, como se apuntó, está dirigida de algún modo a proteger la libertad individual, al defender que el Estado debe garantizar cierta estabilidad a los ciudadanos mediante sus leyes, para que estos puedan elaborar planes futuros.

1.4. EN LA AUTORIDAD Y OBEDIENCIA DEL DERECHO: OTRO FILTRO AXIOLÓGICO

Retomando a Raz, hay que recordar que, desde su enfoque positivista, siempre ha sostenido la tesis de la separación entre dere-

³⁰ Véase Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

cho y moral, pues, a su parecer, el derecho es un hecho social y un orden normativo que, como sistema, pretende que se le reconozca autoridad; pero ello no significa que las funciones jurídicas tengan un contenido moral, porque la mayoría de estas pueden ser analizadas en términos valorativamente neutros.

Raz apunta que no se puede explicar por qué el derecho tiene autoridad moral. Es propio de la naturaleza de la autoridad requerir sumisión, aun cuando se piense que lo que nos es requerido es contrario a la razón; por tanto, el sometimiento a la autoridad es irracional, de modo que muchas veces requiere que se actúe en contra del propio juicio, exigiendo así el abandono de la autonomía moral.

Además, aclara que no siempre es acertado pensar que la autoridad deriva de una norma jurídica, ya que aunque las normas en efecto confieren ciertos poderes, no siempre toda autoridad depende de que esta sea otorgada por la norma.³¹

En relación con una de las paradojas de Robert Paul Wolf, en la que defiende que los hombres pierden voluntariamente su autonomía al obedecer algún mandato, Raz sostiene que, más bien; eso equivale a someterse a la autoridad negándose a actuar con base en su propio juicio.³²

Desde el enfoque de Sartorius, un sistema jurídico existe si los ciudadanos, en su mayor parte, obedecen las reglas válidas sin necesidad de adherirse al contenido de las normas, de modo que las personas cumplen las reglas por hábito, tradición o aburrimiento.³³ En este punto, la discusión sobre si hay algún elemento moral que se filtre al momento de someterse a la autoridad permite observar que si bien, como lo indica Raz en su

³¹ El ejemplo que expone Raz es cuando un miembro del público asume autoridad en caso de emergencia durante un incendio en un teatro, escenario en el cual difícilmente podrá decirse que la autoridad de dicha persona deriva de alguna norma jurídica. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011, p. 26.

³² *Ibidem*, pp. 43-46.

³³ Sartorius, Rolf, "Positivism and the foundations of legal authority", en Gavison, Ruth (ed.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of Herbert Lionel Adolphus Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 51 y 52.

crítica, las razones de fondo para admitir esa autoridad no responden en realidad al por qué de esta es obedecida, de ello no se sigue que —como pretende hacerlo ver en su tendencia general de separar al derecho de la moral— pueda pasarse por alto que son las personas las que deciden someterse a la autoridad por sí mismas.

De manera que una cosa es obedecer a la autoridad porque las personas consideran moralmente valioso lo que esta ordena y otra muy distinta es que, por no tomarse en cuenta la relevancia de las razones por las que se obedece, deje de reconocerse que el sometimiento a la autoridad parte necesariamente de una decisión autónoma de la persona, que no es otra cosa que un principio liberal, base sobre la que, puede decirse, funciona el concepto de autoridad. La aceptación de esta pasa necesariamente por la deliberación del sujeto, quien decide si la reconoce o no, sin que para ello le importe la validez de la disposición jurídica, ya que eso es materia de discernimiento jurisdiccional exclusivamente.

El argumento de Garzón Valdés en contra de ese tipo de señalamientos sobre la obediencia del derecho proporciona un punto de apoyo a la crítica que se hace a Raz, pues para el profesor de la Universidad de Maguncia, quienes obedecen la ley adoptan un punto de vista interno del derecho al asumir una actitud crítica o autocrítica con respecto a su regulación; con lo cual no se ve muy bien cómo podría admitirse que la obediencia o autoridad del derecho sea ajena a la moral, si sus destinatarios usan criterios morales para adherirse a ellas.

Para tal efecto, Garzón retoma el ejemplo de los jueces nazis que expone Sartorius y señala que no se entiende cómo se pretende desvincular la obediencia al derecho de los criterios o razones morales, cuando los jueces nazis se sentían obligados a obedecer el derecho nazi por temor a la reacción de otros jueces nazis.³⁴

Con ello no se pretende simplificar la importancia que para el decisor tienen las variantes principales e incidentales al mo-

³⁴ Garzón, Ernesto, *op. cit.*, p. 406.

mento de obedecer lo ordenado por el derecho, sino solo dejar constancia de que, cualquiera que sea el resultado del análisis de dichas variantes, lo que en última instancia sucede es que la persona asume una decisión que la coloca sin duda alguna como un ente moral que razona y decide en función de las razones que toma autónomamente.

La conclusión anterior, al igual que cuando se criticó una de las condiciones que plantea Raz sobre el concepto de Estado de derecho —dado que pone de relieve que la tesis de la separación entre derecho y moral que el autor sostiene puede ser sensiblemente refutada en gran parte de sus argumentos—, permite observar que varios de los puntos que ha defendido el positivismo hoy ameritan una reflexión meditada desde otros ángulos.

Acerca de la autoridad y la obediencia, lo mismo sucede al revisar el tema que Raz aborda sobre las funciones del derecho y las decisiones judiciales. Respecto a lo primero, señala que las funciones sociales del derecho se dividen en directas e indirectas. Las directas son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho, mientras que la ejecución de las indirectas depende de actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento. Por ello, no constituyen obediencia o aplicación de las disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de estas, de la conformidad con ellas o de su aplicación.³⁵

Entonces, si las funciones indirectas dependen de un concierto de apreciaciones de sus destinatarios —entre otras, el encontrarse conformes con ellas—, es claro que lo que está implícito en ese razonamiento es que existe un reconocimiento moral de autonomía sobre el individuo al que se dirige el mandato normativo. Así que, se insiste, no es el peso moral que se le otorgue al mandato para obedecerlo lo que hace que se filtre una consideración que refuta la tesis de la separación aludida, sino tan solo que existe un reconocimiento moral de autonomía de la persona sujeta al orden jurídico, del que depende su sometimiento a la autoridad del derecho.

³⁵ Raz, Joseph, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

En relación con las decisiones judiciales, Raz, al analizar el sistema de precedentes inglés, propone algunas consideraciones que deben guiar a los jueces en su actividad creadora del derecho. Para tal efecto, aclara que el juez no necesariamente usa criterios morales para decidir las disputas no reguladas, sino que aplica parcialmente el derecho existente y crea uno nuevo al integrar las lagunas.

Por tal razón, reconoce que las disputas no reguladas se deben por mucho a la indeterminación del lenguaje que, intencionalmente o no, emplea el legislador. Después concluye que, dentro de los límites de sus facultades de creación jurídica, los tribunales actúan o deben actuar precisamente como lo hacen los legisladores, es decir, adoptando aquellas normas que juzguen mejores. Raz señala que ese es el único deber jurídico que les queda, dado que se sigue del hecho de que a los tribunales no les es permitido actuar de forma arbitraria, ni aun cuando estén creando nuevo derecho, sino que deben ejercer siempre su discrecionalidad a fin de encontrar la mejor solución.³⁶

De lo anterior se infiere —e incluso así lo reconoce Raz— que en su función creadora del derecho, los jueces deben basarse en sus propios criterios morales. Ahora, el hecho de que cada juzgador decida de forma distinta los casos se debe precisamente a las diferencias morales que tienen, sin que ello pueda ya desvirtuar el hecho reconocido de que los tribunales deciden no solo a partir del derecho, sino también con base en cuestiones éticas.

Por su parte, para Hart, la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas surge de una práctica o regla social desarrollada principalmente por ellos mismos, que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas y, por tanto, deben ser aplicadas. La existencia de esta práctica social, que Hart llama regla de reconocimiento, se pone de manifiesto en la aplicación reiterada de esas normas, en la forma de justificar su aplicación y en la necesidad de aplicarlas.

Sin embargo, no se debe olvidar que, según lo observado por Dworkin, los jueces no justifican sus juicios en el sentido de que

³⁶ *Ibidem*, pp. 232-263.

se deben aplicar las reglas solo por el hecho de que existe una práctica social en tal sentido; sino que, en todo caso, para justificar tal proceder, los jueces tienen que recurrir en última instancia a principios valorativos.

Por tanto, el punto de vista interno de la regla de reconocimiento se traduce en el uso y adhesión a las normas que el juez termina por aplicar, lo cual presupone la aceptación de la regla de reconocimiento sobre la que los jueces obedecen el derecho y que dentro del sistema jurídico se suele incorporar un determinado punto de vista sobre la justicia.³⁷

Esto está muy cerca del proceso de interpretación de las normas jurídicas en casos particulares que para Hart da entrada a la textura abierta del derecho, ya que esta indeterminación normativa permite un amplio campo de acción a la interpretación de los jueces, especialmente de los constitucionales, que trabajan sobre el ámbito de los dilemas morales. En ese sentido, los operadores jurídicos no se encuentran limitados a una elección ciega y arbitraria ni a la deducción mecánica de la ley, que durante mucho tiempo constituyó para el positivismo la única forma de aplicar las normas.

Así, en contra del positivismo formalista, Hart reconoce en los jueces la posibilidad de que hagan ponderaciones interpretativas a fin de impartir justicia. Por su parte, Bobbio, quien se confiesa positivista en cuanto al método jurídico pero iusnaturalista en lo que respecta a la ideología —al esperar o pretender que el contenido del derecho se rija por condicionamientos éticos—, no se decide entre ambos posicionamientos, y lo señala como sigue:

[...] Como ha mostrado Cattaneo en su estudio sobre el positivismo jurídico en Inglaterra, en autores que eran considerados como representantes típicos de la tradición positivista, se descubre —cuando se hacen las debidas distinciones— que en ciertos aspectos son iusnaturalistas o que formulan las mismas exigencias que los iusnaturalistas. Creo que el modo más prudente de responder la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista,

³⁷ Nino, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 105-112.

es decir, con un gesto de cautela, “depende”. Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no me es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro [...].³⁸

En este sentido, el jurista que hace profesión de fe positivista, agrega Bobbio, no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino que simplemente niega que sea derecho en la misma medida en que lo es el derecho positivo.³⁹

Así es como el propio Bobbio reconoce que a la par del positivismo reaccionario también existe un positivismo liberal. El problema surge en cada uno de nosotros, sobre cómo guiar nuestra vocación científica profesional y cómo seguir nuestra conciencia moral en nuestra misión como hombres. Hay un deber último de mantener íntegra nuestra conciencia moral, y algunos tendrán siempre la tentación de defender ciertas exigencias del positivismo; pero con el mismo empeño y la misma coherencia —aunque de forma contradictoria— se plantearán razones últimas del iusnaturalismo, en tanto que aprecian mucho su contexto de hombres libres.

Existe, por tanto, un límite entre el positivismo y el iusnaturalismo que parte en dos nuestra persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o naturalista; no tanto según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según el papel que desempeñamos en la sociedad. Bobbio concluye con el siguiente razonamiento:

Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo no he creído nunca poder alistarme decididamente en uno u otro bando. Si he mostrado simpatías iusnaturalistas en la época del positivismo triunfante, también he mostrado simpatías positivistas (tanto en la defensa de Kelsen como en la búsqueda de argumentos contrarios al derecho

³⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 137.

³⁹ *Ibidem*, p. 106.

natural) en estos últimos años de renovado iusnaturalismo. Más que alistarme en uno de los bandos, he preferido, en estas páginas, tratar de aclarar la complejidad de los términos de la oposición, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa y, en definitiva, demostrar las razones por las cuales el alistamiento en uno u otro bando es a menudo fruto de una elección irracional y no de una reflexión meditada [...].⁴⁰

Los positivistas mexicanos tampoco escapan a las críticas. Una lectura detenida a Tamayo y Salmorán nos permite ubicar que en un peldaño de su estructura teórica parece haberse filtrado de manera subyacente un elemento ético en la identificación del sistema jurídico. Rolando Tamayo puede ubicarse como un fiel partidario del *approach* y del modelo de ciencia jurídica, propios del enfoque positivista, en virtud de que su noción de derecho está fuertemente arraigada en la necesidad de no involucrar elementos de tipo ético en la descripción del objeto de estudio o, al menos, esa es su pretensión.

Para ello, Tamayo defiende que todo enunciado jurídico es lógicamente verdadero si, usando el marco científico-conceptual de la Grecia antigua, se puede analizar el enunciado a partir de los principios generales y sus motores de inferencia, ya que con base en ese método se establece la posibilidad de construir enunciados singulares y empíricos dentro de una generalización en la que conviven todos los singulares como miembros.

En otras palabras, la explicación sería que el enunciado jurídico es verdadero si se deduce de los primeros principios, cuya creación ha sido previamente constatada a través de la experiencia para construirlos como premisas verdaderas de las que derivan los conceptos jurídicos fundamentales.⁴¹

Tamayo y Salmorán lo expone del siguiente modo:

La *iurisprudencia* se convierte en ciencia de conceptos (*more geometrico*) o como se dice enfáticamente en alemán en una *Begriffswissen-*

⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴¹ Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento jurídico y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, IJ-UNAM, 2013.

shaft, cuando los juristas adoptan los métodos de la ciencia griega, recogidos de los *Segundos analíticos* [...] Aunque Roma, en ningún momento de la historia estuvo exenta de la influencia penetrante de la cultura griega, fue en los dos últimos siglos de la *República* que la ciencia helénica transformó la jurisprudencia romana. El material, sin duda, se mantuvo romano; pero, el método mediante el cual fue organizado, era griego [...] A partir de entonces los juristas romanos comenzaron a llamar *scientia iuris* a la *iusprudentia*. Para ello, los juristas romanos tuvieron que construirla de conformidad con el único modelo disponible: la ciencia griega [...] Con la adopción de los métodos de los *Segundos analíticos* los juristas romanos fueron capaces de construir los conceptos jurídicos fundamentales y encontrar los (primeros) principios de la jurisprudencia. Cualquiera que observe los escritos de los juristas romanos y los compare con los escritos de los geómetras griegos se percatará del cercano paralelismo que Leibnitz encuentra entre ellos [...] Los romanos, en el último siglo de la *República*, entendían: «la sistematización de una disciplina en *genera* y *partes* mediante la aplicación de los dos métodos usados por lógicos y geómetras». Consistente en la observación de los hechos singulares [...] para obtener, por inducción [...] definiciones [...], hipótesis [...], conceptos [...], hasta alcanzar los (primeros) principios de una ciencia en particular. Y, en segundo lugar, deducción de nuevos enunciados a partir de estas premisas [...].⁴²

Con lo expuesto se muestra que la tradición jurídica del positivismo analítico, desde ese enfoque, convive con premisas que la filosofía general del racionalismo griego le ha ofrecido, al hacer suyos los métodos de explicación sobre los cuales se construyen las explicaciones de verdad. Visto así, el positivismo defiende una fuerte neutralidad hacia el objeto de estudio como condición necesaria para conocer el derecho e identificar su cientificidad. Su fundamento es sin duda producto del Círculo de Viena, ya que para identificar un área del conocimiento como ciencia, esta debe tener el carácter de verificable y avalorativo.

El positivismo, en su carácter exclusivo de explicación científica del derecho, recogió las pretensiones de la modernidad, en que la ciencia, para alejarse de los prejuicios medievales, dio na-

⁴² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013, pp. 71-75.

cimiento a uno de sus mayores anhelos: la objetividad, entendida como pieza indispensable de la justificación de la verdad, de modo que la gran mayoría de las explicaciones del derecho, en cuanto a ciencia jurídica, han sido establecidas desde la premisa científica de que la verdad jurídica solamente es objetiva, avalorativa y siempre verificable.

Pero hay un elemento que quizá no sea del todo concordante dentro del empirismo lógico que defiende Tamayo y Salmorán sobre la base del modelo *more geométrico*, cuando al hablar de derechos alude al principio de igualdad (“trato igual”). En efecto, en un análisis fragmentario sobre las condiciones que debe reunir un sistema jurídico para considerarse democrático, en principio, el autor mexicano sostiene que el discurso del debate político tomó su vocabulario de los conceptos forjados por manos de juristas. Luego afirma que los actos políticos son papeles sociales y todos son actos de creación o aplicación del derecho, así que los órganos y los súbditos del Estado —superiores o inferiores políticos— constituyen el ámbito personal de validez de un orden jurídico.

Además, explica que entiende por sistema político el conjunto de normas y comportamientos jurídicos —actos de creación y aplicación del derecho— vinculados al ejercicio del poder. Establecidos esos conceptos, el autor puntualiza que existe una relación entre un sistema político-democrático y los derechos de los individuos, particularmente sobre el papel que juegan los tribunales en el funcionamiento de los derechos. Después de explicar las modalidades deónticas en que operan los derechos (permisión, obligación y prohibición), Tamayo manifiesta que todo sistema democrático —que a su vez requiere previamente constituirse como parte del orden jurídico— exige una igualdad en el reconocimiento de los derechos:

[...] Sobre este particular, sostengo la tesis de que en todo sistema democrático:

- 1) los individuos tienen derechos (democráticos).
- 2) estos derechos son establecidos por las instancias de creación jurídica.

3) estos derechos tienen como única condición de su otorgamiento el solo hecho de ser miembro de la comunidad política. De lo anterior se sigue que debemos encontrar qué rasgos pueden ser considerados características definitorias de los derechos, señalar cuáles son aquellos derechos que constituyen el núcleo del mecanismo democrático (los derechos democráticos, *tout court*) y describir el acceso a la justicia satisfaciendo el (meta) requerimiento democrático *par excellence* para cualquier sistema: trato igual [...] En el discurso político (como en el discurso jurídico) el concepto de democracia alude a dos elementos diversos que, aunque puede ir juntos, son independientes uno del otro. El primero es el principio de trato igual, según el cual, todos los individuos, por el hecho de ser miembros de la comunidad política, ‘califican’ para ser titulares de los derechos democráticos [...] El segundo aspecto es la existencia de un conjunto de procedimientos por los cuales los individuos ejercitan y aseguran sus derechos (los derechos de los cuales son titulares). Entre estos procedimientos sobresale (donde hay democracia) el proceso jurisdiccional [...] La justicia distributiva democrática se detiene a ver qué porciones se reparten. Ciertamente, se debe repartir derechos, propiamente hablando; cada porción repartida debe contener derechos que puedan ejercitarse, no palabras en un texto. El procedimiento, cualquiera que este fuera, tiene que garantizar el trato igual y asegurar el resultado igualitario [...] Los derechos democráticos son siempre igual a una porción [...] El reparto de derechos concluye con el reparto equitativo de las condiciones de su ejercicio [...] el cual presupone, por supuesto, trato igual [...].⁴³

Como se puede observar, existe una inclusión valorativa que hace Tamayo al hablar de la forma en que se constituye un sistema jurídico democrático, en tanto que una de las precondiciones que sugiere para que dicho sistema pueda identificarse es que haya un igual reconocimiento de derechos para los miembros de la comunidad política.

Cierto es que, antes de tal explicación, el profesor mexicano aclara que su análisis es fragmentario en cuanto al sistema político democrático; sin embargo, no debe pasar desapercibido que luego señala que el sistema político debe ser analizado de acuerdo con los conceptos forjados por el área de la ciencia jurídica.

⁴³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 255-280.

Para tal efecto se apoya en Ernest Barker, quien señala que hay poca diferencia entre la filosofía del derecho y la teoría política del Estado, pues aun cuando el filósofo de la ciencia jurídica habla con enunciados propios de su campo de estudio y el filósofo-político lo hace con enunciados relativos a la conducción política, hay escasa diferencia entre ellos.⁴⁴

De esto se obtiene con cierta claridad que para Tamayo solo puede hablarse de sistema político democrático si antes se entiende que dicho sistema se constituye sobre la base de un orden jurídico, el cual habrá de denominarse democrático *si y solo si* hay trato igual en el reconocimiento de los derechos de sus miembros.

Esta afirmación toma distancia de aquella premisa científica del positivismo con la que se pretendía evitar a toda costa cualquier tipo de inclusión ética o moral en la explicación del objeto de estudio, en virtud de que, según lo observado, Tamayo y Salmorán hace depender la fundamentación de un sistema jurídico democrático de una plataforma enteramente moral, que es el principio de igualdad, pues —como él dice— es una condición del sistema democrático, por lo que se entiende que solo al amparo de dicho principio ético existe un orden jurídico de tal naturaleza.

Con ello, en apariencia, se falta a la regla positivista de no hacer alguna referencia al contenido moral de las reglas jurídicas, ya que Tamayo no se refiere solamente a los procedimientos normativos, susceptibles de descripción gráfica, mediante los cuales se produce y hace valer el derecho como hecho histórico, sino que se pone como condición que la existencia del derecho en un sistema democrático, sea valorativa. Elemento del que, como se ha dicho, hacía gala el positivismo jurídico, pues al deslindarse toda explicación del derecho del ámbito moral, se podía mostrar quién sí se constituía como un científico del derecho y quién no. No obstante, el problema no radica enteramente en la propuesta de Rolando Tamayo, sino en identificar que el positivismo sirve para defender algunas posturas, pero no para sostener otras.

⁴⁴ Gierke, Otto, *Natural law and the theory of society, 1500 to 1800*, trad. de Ernest Barker, Cambridge, Cambridge University Press, 1934, pp. xxv-xxv.

En efecto, el positivismo jurídico sirve como propuesta de investigación histórica y también como un modelo de reflexión crítica. Esa es una de las virtudes que los positivistas le atribuyen a dicho modelo, que en su devenir histórico ha tenido muchos significados. Quizá conforme con ello pueda decirse que Tamayo y Salmorán adopta una actitud específica en cuanto a la forma en que justifica al derecho como ciencia jurídica, sin que para ello sea obstáculo que pueda tomar partido, desde un enfoque distinto, sobre los requerimientos que debe tener algún sistema jurídico democrático.

Ello en función de que la descripción del derecho está dentro del plano del conocimiento, sin distinguir si las disposiciones normativas son moralmente valiosas y respecto de los requerimientos de un sistema jurídico democrático. Su posición está más bien de acuerdo con los principios de la filosofía política, al aludir a un elemento ético para su justificación, como lo es el principio de igualdad, lo cual no es del todo discordante en su teoría del derecho, pues como se ha dicho con Bobbio, hay posibilidad —y de hecho, ocurre con regularidad— de que algunos juristas se coloquen dentro de una posición teórica como iuspositivistas, sin que para ello afecte que su ideología normativa diste mucho de ese pensamiento jurídico.

A fin de cuentas, lo que se intenta demostrar con todo lo anterior es que, como señala Radbruch, el positivismo es una tendencia teórica que pretende eliminar de la explicación del derecho toda valoración moral: “El positivismo jurídico es aquella tendencia en la ciencia del derecho que, partiendo del derecho positivo, con medios puramente intelectuales, sin un sistema propio de valores, piensa poder encontrar una respuesta a toda pregunta jurídica [...]”⁴⁵

Sin embargo, como se vio en el último ejemplo, el positivismo jurídico no siempre logra su cometido, y es a causa de esto que después de ver varios de los puntos que afectan sus tesis, aquí se sostiene que existe una tercera vía para explicar al derecho, en la cual no necesariamente deben confrontarse a muerte

⁴⁵ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1974, p. 183.

el iuspositivismo y el iusnaturalismo, ni mucho menos prescindir de la ética o moral crítica.

1.5. LA MORAL CRÍTICA EN EL DERECHO

En los últimos años, la reflexión de la filosofía política se ha inclinado en temas que importan a la filosofía práctica, como son la ética, la propia filosofía política y la filosofía del derecho. Muchos atribuyen esa tendencia a que los ideales modernos de la cientificidad fueron desacreditados en distintos episodios de la historia, como en los años de la posguerra, en los que se suscribieron declaraciones y se consolidaron de instituciones internacionales, y cuyo propósito fundamental se centraba en proteger al humano del propio humano.

Se dice que muchos han caído en la seducción de lo inesperado y de lo nuevo; que la fidelidad hacia lo científico se abandonó luego de la segunda posguerra. Así, se piensa que las resistencias sociales y políticas, por impedir la intromisión del poder público en la vida privada de los ciudadanos, se constituyeron como un elemento progresista y liberal necesario en toda la reflexión del derecho, ya que el respeto de la ley a ultranza pasó a un segundo término y que la inestabilidad de las ideologías jurídicas pende del hilo de la historia de los partidos políticos que gobiernan.

Con ideas como estas hay un surgimiento de la conciencia moral humana que constituye un logro que pudo darse con motivo de las traumáticas experiencias que se sufrieron a causa de las acciones humanas de las últimas guerras. El compromiso moral corresponde a un momento histórico y convoca a todos los juristas a encaminar la discusión filosófica del derecho en cuestiones como la justicia y la democracia, hacia que sin duda alguna constituyen elementos de reflexión que parten de enfoques éticos.

Es así que el hilo conductor de las reflexiones sobre el derecho ya no solo atañe a su cientificidad, entendida esta como objetividad y avaloración, pues hoy más que nunca se aboga para que la moral y el derecho sean dos fuentes complementarias que obliguen las máximas de la conducta humana.

Hasta aquí se ha intentado poner en evidencia que en ciertos puntos de sus tesis, algunos de los pensadores más prolíficos y contemporáneos provenientes de la escuela del positivismo analítico —entre ellos Hart, Raz, Tamayo y Bobbio— han infiltrado, voluntaria o involuntariamente, una serie de condicionamientos éticos a la explicación o funcionamiento del derecho; ya sea sobre la forma en que deciden los jueces, o bien, sobre los aspectos que constituyen un sistema jurídico o el concepto de autoridad y de obediencia del derecho; incluso hasta el punto de que uno de ellos se confiesa partidario de la tesis de que el derecho debe asegurar una serie de contenidos basados en el principio de justicia.

No es gratuito que una pregunta sincera para Ferrajoli sea si el derecho positivo ha entrado en crisis a raíz de la constitucionalización rígida de los principios morales de justicia y los derechos fundamentales, que al parecer fueron heredados por la tradición iusnaturalista, puesto que en ello radica el *quid* de la cuestión sobre la pregunta de la vieja discusión respecto de la conexión o separación entre derecho y moral, o entre validez y justicia⁴⁶ —la cual hoy más que nunca vuelve a dividir a los filósofos del derecho—, y según se ha visto, algunos de ellos de carácter positivista, sin ser su plena intención, han expuesto en sus textos la necesidad de reconocer la vinculación que la moral tiene con el derecho.

Un autor que sin duda ha contribuido al debate, inclinándose por la tesis de la conexión aludida, es Zagrebelsky. Al analizar la expresión de las *Instituciones de Gayo* que dice *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur* (todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres), el autor nos recuerda que el derecho, como forma, son las leyes, mientras que el derecho, como sustancia, son los *mores*. Esa doble cara del derecho es constitutiva de la idea misma de derecho, aun cuando no lo es del todo evidente.⁴⁷

Para llegar a esa afirmación, el juez italiano precisa que entre los años veinte y treinta del siglo pasado, los juristas de Alemania

⁴⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 17.

se enfrentaron a una contienda característica entre formalistas y sustancialistas. De ello, recapitula que las críticas al derecho formal se alimentaron del clima antiparlamentario y antidemocrático de la época, guiadas siempre en nombre de la dignidad que, se decía, era desconocida para los positivistas legalistas y formalistas. Para muchos, el positivismo jurídico se convirtió en el enemigo principal de los juristas democráticos.

Por tal razón, expone que la expresión del positivista se reducía a *la ley es la ley*, como si se tratara de una especie de persuasión sin necesidad de justificación, al punto de considerar que la injusticia legal era en sí misma una expresión contradictoria.

Así, una tensión de la que no escapa el derecho y abona a la tesis defendida sobre la unión conceptual entre el derecho y la moral es aquella que se presenta entre la fuerza normativa y la justicia. Si bien la ley por sí misma tiene fuerza formalizada, lo cierto es que las pretensiones de la fuerza siempre van acompañadas de sus correlativas expectativas de justicia.

Blaise Pascal precisa que la justicia sin fuerza es impotente y la fuerza sin justicia es tiránica, por ello, la justicia y la fuerza siempre deben ir juntas.⁴⁸ En ese sentido, defiende la idea de que el derecho es tiempo, producto y productor del orden social y, de esa manera, debe entenderse que la unión entre fuerza y justicia se debe a que la sociedad está en constante movimiento.

Una muestra de esa unión, asegura Zagrebelsky, es que hasta la ley más injusta tiende siempre a justificarse o transformarse para que, con tal motivo, pueda ser tomada por buena; por eso se atreve a decir que ni el más rígido positivista designado como ideológico estaría dispuesto a llamar derecho a la pura y simple ley de la fuerza, ya que el legislador siempre ofrece alguna *ratio* de la ley. Incluso —robustece su argumento—, bien puede existir una ley justa en cuanto a su contenido y, al mismo tiempo, provenir de algún sujeto considerado desmesuradamente injusto, en razón de que a fin de cuentas el elemento de justicia juega un papel importante en la determinación de la ley.

⁴⁸ Pascal, Blaise, *Pensamientos*, trad. de Juan Domínguez, Madrid, Sarpe, 1984, pp. 101 y 102.

Lo anterior se corrobora cuando Zagrebelsky afirma:

En todo caso, lo más interesante aquí es la presencia indispensable de la justicia en la legislación, ya sea en lo que concierne a la ley en sí misma, ya sea en lo que concierne al legislador como sujeto o como procedimiento. No existe el mero poder como fuerza desnuda, o al menos no puede ser duradero. Debe revestirse siempre de derecho; es decir, de una pretensión de justicia, para poder consolidarse y poder desarrollar el sentido del deber frente a la ley por él establecida. Así lo expresa Jean-Jacques Rousseau: “El más fuerte no es, sin embargo, lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no convierte su fuerza en derecho y la obediencia en deber” [...].⁴⁹

En suma, la idea de Zagrebelsky es que un legislador, por más soberbio o cretino que sea, no puede legitimar una ley para imponer la voluntad que le plazca, dado que siempre tiene que indicar, en alguna medida, que se justifica la ley en aras del bien de la sociedad, o sea, en función de un criterio de justicia simplemente.

Este punto robustece la crítica a Raz, cuando indica que el derecho solo pretende que se le reconozca autoridad, sin importarle la autonomía moral de las personas, pues, de acuerdo con lo anterior, se puede inferir que cuando el legislador dictamina alguna ley, siempre busca influir, de una u otra manera, en la decisión de los destinatarios para adaptarse a lo prescrito por ella. Esto quiere decir que las personas no renuncian a su autonomía individual, porque con base en esta es que deciden ajustar o no al derecho.

En este sentido, Postema opina que el derecho como ejercicio de poder social pretende ejercer una autoridad respaldada en el uso de la fuerza, siempre que haya una pretensión de legitimidad sin contradicción ni autoengaño, es decir, que el derecho en algún momento pretenderá legitimarse y ello no será sobre la base fáctica de la fuerza solamente.⁵⁰

⁴⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁰ Postema, Gerald, “The normativity of law”, en Gavison, Ruth (ed.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of Herbert Lionel Adolphus Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 93.

Además, desde ese enfoque —muy similar al cuestionamiento que se originó con motivo de los juicios de Núremberg—, Zagrebelsky afirma que el positivismo terminó por enmascarar las reflexiones jurídicas con la premisa de que todo el derecho se acaba diciendo la ley y argumenta que el derecho también es sustancia que se traduce en parámetros éticos de los contenidos que regula. Es por eso que, en su opinión, la ley alude al concepto formal de lo jurídico, mientras que la sustancia se refiere al derecho en sí.

Ante ello, piensa que debería existir una palabra que abarque a la ley y al derecho, pero que también los diferencie entre sí. Sin embargo, esa palabra no existe, no por una deficiencia del lenguaje, sino por el hecho de que ley y derecho nunca han estado dispuestos a aceptar definitivamente la limitación que para cada uno de ellos deriva la existencia del otro, tanto, que han intentado mutuamente doblegarse de modo permanente.

Renunciado al intento de buscar un nuevo concepto, el juez italiano prefiere ubicar las dos grandes dimensiones jurídicas —formal y sustancial— en la palabra derecho, al parecerle que esta tiene un significado menos parcial que el de la ley.⁵¹

De lo expuesto, es oportuno concluir que el concepto mismo de derecho incluye elementos de moralidad, pues su pretensión se apoya en la razón práctica, al grado de que, en ocasiones, algunas normas morales coinciden con las normas jurídicas, especialmente aquellas en que se habla de principios o derechos fundamentales, los cuales son la base de cualquier Estado constitucional.⁵²

⁵¹ Carlos Nino señala que hay casos en que las normas morales son normas jurídicas, pues la clase de normas jurídicas justificatorias son una especie de normas morales; de modo que todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es necesariamente un juicio moral especial. Nino, Carlos, “Sobre los derechos morales”, en *Doxa Isonomía*, núm. 7, 1990, pp. 311-325.

⁵² Alguna cercanía con esa conceptualización había hecho Jean Bodin a finales del siglo XVI, cuando indica: “Hay gran diferencia entre el derecho y la ley. El primero entraña la equidad; la ley entraña un mandato, porque la ley no es sino el mandato del soberano que ejerce su poder.” Bodin, Jean,

La dura polémica entre iusnaturalistas y positivistas ha llegado al punto en que debe suavizarse, pues, como se dijo, la indecifrable noción del punto de vista interno del derecho, defendida por Hart, ha creado más filtros que límites. La propuesta ha tenido más campo fértil para quienes defienden la conexión entre derecho y moral que para quien sostiene la tesis de la separación, entre ellos, dicho sea de paso, el propio Hart.

La tendencia del positivismo por asumirse como exclusivo y por guardar siempre una tensión dialéctica con el iusnaturalismo se ha atenuado a lo largo de los años por distintos fenómenos que han acaecido alrededor del derecho. La superación del viejo dilema entre iusnaturalistas y positivistas puede darse, si se tiene en cuenta que, como apunta García Máynez, la superación no estriba en referir las nociones de validez formal y validez intrínseca dentro de un concepto genérico de validez, sino en el establecimiento de un orden jurídico que, además de tener validez formal, valga de manera objetiva y goce de eficacia.

Cuando se habla de valor objetivo no se puede pensar en otra cosa más que admitir la cercanía entre el derecho y la moral. Así lo señala el filósofo mexicano cuando apunta que existe una tendencia hacia lo ideal, inmanente en lo positivo, así como también otra hacia la positividad propia de los principios ideales.⁵³ Es el caso de los sistemas democráticos, en que los legisladores buscan una determinación axiológica que solo puede hacerse a la luz de distintos principios, tal como se señaló respecto de la crítica hecha sobre el concepto de sistema jurídico democrático que defiende Rolando Tamayo.

Un autor que expresa total rechazo a las teorías del derecho fundadas en el positivismo es Ronald Dworkin, a quien no le produce particular sobresalto que se le emparente con el iusnaturalismo, ya que él mismo admite que el derecho expresa en ocasiones principios de justicia:

Los seis libros de la República, trad. de Pedro Bravo, Madrid, Tecnos, 2006, p. 81.

⁵³ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho: ensayo de perspectivismo jurídico*, México, Universidad Veracruzana, 1960, pp. 243-245.

Hay una etiqueta particularmente maldita: nadie quiere ser llamado iusnaturalista. El iusnaturalismo insiste en que el ser del derecho depende de alguna forma de lo que el derecho debe ser. Esta afirmación parece metafísica o al menos vagamente religiosa. En cualquier caso parece decididamente incorrecta. Por tanto, si alguna teoría del derecho se muestra como iusnaturalista, puede excusarse a la gente que no le preste mayor atención. En los últimos años, hemos intentado defender una teoría acerca de cómo los jueces deben decidir los casos. Algunos críticos (aunque no todos) la consideran iusnaturalista y, por esa razón, la rechazan. Desde luego, hemos respondido a esta acusación con la consabida y piadosa objeción de que es mejor fijarse en las teorías que en las etiquetas [...] Si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo [...].⁵⁴

1.6. SOBRE UN CONCEPTO DE JUSTICIA RACIONAL

Llegados a este punto, en que se habla del concepto de justicia, es pertinente mencionar, aunque sea solo de forma sumaria, algunos aspectos que han estado presentes en el desarrollo de una justicia racional a partir de los debates suscitados después de 1971.

Como explica Carlos Nino, “pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, producen tantas controversias y tienen tanto impacto como la idea de justicia”.⁵⁵ Incluso recuerda que Sócrates, inspirado en Platón, sostenía que la justicia es una cosa más preciada que el oro.⁵⁶

⁵⁴ Dworkin, Ronald, “Retorno al derecho «natural»”, en *Derecho y moral*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 23.

⁵⁵ Nino, Carlos, “Justicia”, en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 467.

⁵⁶ Platón sostiene, desde una concepción teológica, que la justicia es un concepto en el que de forma interna reside la noción de bienestar. En efecto, señala que la justicia es la parte esencial del bienestar. El hombre injusto manifiesta una discordia entre los elementos que componen su alma que lo hacen impotente para obrar, y sus acciones hacia los demás son fuente de disensiones, odios y luchas; la disposición injusta de algunos hombres impide que actúen en común con otros hombres, por lo que el hombre al que

Por lo general, el análisis sobre el concepto de justicia se ha hecho desde la clasificación entre cognoscitivistas y no cognoscitivistas, sea porque los enunciados que la predicen puedan expresar proposiciones verdaderas o falsas, o debido a que lo que realmente manifiestan son emociones o imperativos de conducta.

Entre los cognoscitivistas están los empiristas y los no empiristas, en función de si sostienen que las proposiciones de justicia hacen o no referencia a hechos sociales accesibles mediante la experiencia sensible. A su vez, entre estos hay quienes se catalogan como objetivistas o subjetivistas. Los primeros entienden que existen realidades éticas mínimas objetivamente alcanzables, mientras que, en opinión de los segundos, los hechos que determinan la verdad o falsedad de los juicios de justicia dependen de las actitudes, creencias o preferencias de ciertos sujetos.

Una posición escéptica y emotivista sobre la justicia es la que sostiene Alf Ross, pionero del realismo jurídico escandinavo, al señalar que cuando alguien daba un puñetazo sobre la mesa como señal de aprobación estaba sosteniendo que algo era justo:

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la 'justicia', porque nada dice que pueda ser argüido en favor o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto [...] es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses [...].⁵⁷

Ross no está de acuerdo en que exista algún tipo de racionalidad en el concepto de justicia. Así lo deja ver nuevamente

mueve un alma injusta es incapaz de ser feliz. Platón, *La República*, México, FCE, 2013, pp. 352-354.

⁵⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Universitaria, 1998, p. 267.

cuando critica la conocida fórmula de Justiniano de que justicia es dar a cada quien lo suyo:

[...] “Dar a cada uno lo suyo” suena espléndidamente. ¿Quién va a discutirlo? La única dificultad es que esta fórmula presupone que yo sé qué es lo que se debe a cada persona como lo “suyo” (es decir, como su derecho). La fórmula carece así de significado, puesto que presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento [...].⁵⁸

Por su parte, Georg H. von Wright precisa que las adscripciones de justicia bien pueden concebirse como manifestaciones de asentimiento, porque el asentir que una norma es justa o injusta no predica sobre su verdad o falsedad. Con ello, el destinatario de la norma solo releva su actitud moral frente a la norma, su concepción de lo que es correcto e incorrecto, pero de ningún modo ese asentimiento condiciona la verdad lógica de las normas.

También forma parte del debate la idea de si existe una ética sin metafísica, con base en la existencia de una relación intersubjetiva con los contenidos de las normas morales, cuando entre los individuos existe coincidencia de intereses respecto de los miembros de una sociedad; sin que por ello se pierda de vista, claro está, que a fin de cuentas las condiciones son impuestas por una manifestación institucional fundamentada en la mayoría.⁵⁹

No es poco común que la justicia sea vista como una manifestación metafísica si se recuerda que la primera teodicea del mundo occidental aparece cuando Job cuestiona a Dios respecto a la indagación profunda y sistemática de la justicia divina que en su contra le ha traído el mal de forma aparentemente inescrutable.⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*, p. 341.

⁵⁹ Wright, Georg H. von, “Is and ought”, en Bulygin, Eugenio *et al.* (comps.), *Man, law and modern forms of life*, Dordrecht, Reidel, 1985, p. 278.

⁶⁰ La historia de Job es bien conocida. Se trata de un hombre piadoso, temeroso de Dios y justo que, tras una vida feliz desarrollada en medio de la prosperidad, se ve alcanzado por una impresionante serie de desgracias: le son arrebatados sus bienes y afectos más preciados, le son robadas sus manadas y un rayo hace estragos sus camellos, un huracán arrasa la casa en la que sus 10 hijos celebraban un banquete y ninguno se salva. Reducido en la miseria, Job sigue honrando y sirviendo a Dios como siempre, pero

Esa primera manifestación de la justicia de Dios como sufrimiento del inocente en la exégesis cristiana marcó durante largo tiempo a muchos científicos sociales que buscaban separarse radicalmente de cualquier tipo de connotación metafísica de la justicia.

Pero los tiempos variaron,⁶¹ pues aparecieron autores en la posguerra que, como Radbruch, consideraban que la justicia es un concepto central para el derecho porque constituye la pauta axiológica del derecho positivo y la meta del legislador. En ese sentido, afirmaba que la justicia es un valor absoluto que descansa en sí mismo y no deriva de alguno superior.⁶²

El punto de encuentro en los temas de la justicia a menudo radica en las críticas provenientes del escepticismo ético. Autores como Bulygin, Kelsen o Laporta defienden que las pretensiones de corrección o de legitimidad no son más que pretensiones subjetivas, al carecer de elementos o criterios objetivos mediante los cuales se pueda justamente determinar la corrección de dichas pretensiones de forma racional; pero la historia modificó dichas discusiones a partir de *Teoría de la justicia*, escrita por John Rawls.

Rawls es un referente obligado de la teoría de la justicia, ya que con su libro, del mismo nombre, publicado en 1971, se ocupó de establecer una fundamentación racional del funcionamiento

la desgracia vuelve a su vida: una llaga maligna desde la planta de los pies hasta la coronilla de la cabeza lo hace repugnante para él mismo y para los demás. Solo y abandonado por todos en la inmundicia, Job se derrumba y pide explicaciones sobre todo esto a Dios. Para profundizar acerca de la gratuidad del mal y el concepto de justicia que se ha construido desde la teología, que sostiene que el mal es un instrumento amenazante para lograr el bien. Véase Revelli, Marco, *La política perdida*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 17-33.

⁶¹ En un mundo posterior al siglo xx en el que —después de Auschwitz, de Hiroshima, del exterminio social estalinista, de las guerras totales— la posibilidad real de destrucción del género humano por obra de la propia humanidad ha entrado a formar parte estable del horizonte histórico; tanto, que muchos piensan que la humanidad ha entrado en la posibilidad científicamente demostrada de su total extinción, que como especie viva, en su condición de realidad biológica, está llamada a decidir sobre la muerte o la vida. *Ibidem*, pp. 58 y 66.

⁶² Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 31.

de las normas morales, tanto que la producción de esa obra ha dado materia para innumerables debates entre los juristas.

El concepto de justicia debe circunscribirse en un primer plano dentro del contexto del discurso moral, porque es allí, como indica Nino, donde está su casa;⁶³ premisa que comulga con lo sostenido por Rawls, para quien la justicia es una primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es para los sistemas de pensamiento.⁶⁴ Con ello, el filósofo estadounidense acepta que el discurso justificativo sobre la idea de justicia se coloca necesariamente dentro de los límites de la ética.

Nino indica que la posición originaria de Rawls es una interpretación que refleja la forma del discurso moral positivo o real, que toma en cuenta la plausibilidad que las soluciones sustantivas son capaces de generar. Para Rawls, la justicia se basa en el principio de imparcialidad y en una nueva concepción del contrato social. Las dos premisas convergen en que los principios de justicia son el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida.

Para el acuerdo, sostiene Rawls, es necesario que las circunstancias que imperen entre los individuos sean de forma simultánea y en un territorio geográfico, aunado a que deben existir carencias en lo relativo al conocimiento del juicio que se asume, es decir, que los participantes del consenso tengan un velo de la ignorancia que les impida conocer si son jóvenes o viejos, pobres o ricos, sanos o enfermos, letrados o analfabetos, brillantes o torpes.⁶⁵

Los principios son la libertad y la igualdad, los cuales son definitivos. Los derechos respaldados por dichos principios deben ser asegurados y no pueden estar sujetos a negociaciones políticas o intereses sociales.

El primer principio consiste en que cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

⁶³ Nino, Carlos, "Justicia", en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 468.

⁶⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006, p. 17.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 119.

El segundo principio implica que las desigualdades económicas y sociales deben reestructurarse de manera que haya mayor beneficio para los menos aventajados con base en un principio de ahorro justo y que exista una justa igualdad de oportunidades.

La teoría rawlsiana defiende que entre estos principios existe un orden lexicográfico: el principio de la libertad debe ir primero que el principio de la diferencia o de la igualdad, por lo que deben ser adoptados por la Constitución, el derecho y las instituciones públicas.

En adición, Rawls indica que el concepto de justicia se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y principios que asignan derechos y obligaciones, así como la necesidad de contar con una división apropiada de las ventajas sociales. Precisamente por ello, el filósofo estadounidense admite que el concepto de justicia tiene un valor intersubjetivo, ya que este se relaciona finalmente con las actitudes y acciones que desarrollan los agentes.

Rawls, crítico del utilitarismo al igual que Kant, señala que las personas tienen una inviolabilidad fundada en la justicia que el bienestar común no puede atropellar. En caso de que se restrinja la libertad de algunos para maximizar la libertad de una mayoría, Rawls diría que se está en presencia de una injusticia.

También apunta que al intuicionismo le falta una serie de criterios constructivos para jerarquizar diferentes principios morales, pues recurrir a la intuición en cada caso particular es tanto como relativizar sus contenidos.

En la modernidad, la necesidad de dar razones para justificar un curso de acción jurídico implica la posibilidad de someter a crítica toda prescripción o convención sobre la base de principios ideales aceptables desde una perspectiva imparcial. Hay quienes, para tal efecto, confían más en el resultado que produce un proceso colectivo de discusión que se organiza a través de un procedimiento democrático. Sin embargo, hay quien ha considerado también que la teoría de la justicia de Rawls ha sido insuficientemente liberal o insuficientemente igualitaria; e incluso están quienes se contraponen al liberalismo deontológico de origen kantiano.

Del lado de los libertarios, por ejemplo, se encuentra Robert Nozick, quien afirma que si se parte de la presuposición de derechos naturales de tipo lockeano, solo se justifica un Estado mínimo, el cual se ocupa de la seguridad y la justicia, y del que puede surgir sin violar los derechos de las personas cuando las fuerzas del mercado llevan a la aparición de una agencia protectora dominante de los derechos de los individuos. Esta agencia, continúa el autor, puede hipotéticamente transformarse en un Estado mínimo cuando se advierte que ella puede estar justificada en la prohibición de que individuos no adheridos a ella usen procedimientos riesgosos para hacer valer sus derechos.

En ese sentido, dice Nozick, Rawls no tiene en cuenta la separabilidad de las personas cuando trata los talentos naturales de cada uno como si fueran un patrimonio común y concibe los recursos económicos como si emergieran del cielo, en lugar de ser el resultado del proceso de producción que ya supone la adjudicación de bienes. Esta se rige por tres principios, a saber: el de adquisición, referente al principio lockeano de que es justo apropiarse de lo que se ha mezclado con el propio trabajo, siempre que quede suficiente para los demás; el de transferencia, que legitima las transferencias de bienes consentidas por las partes, y el de rectificación, que neutraliza la violación de los anteriores principios.⁶⁶

A partir de esta noción se lleva hasta el punto más exacerbado el primer principio de autonomía personal, propuesto por Rawls en su teoría de la justicia, en tanto que el liberalismo libertario —o como lo define Nino, el libertarianismo— pretende dar un mayor peso al principio de libertad, sin importar que para ello otros puedan ver frustrados sus derechos, dado el marcado desinterés que tiene en relación con el principio de igualdad.

Así, se piensa que en esa situación, la teoría autoriza que se ejerzan los derechos bajo el respeto de la libertad y en función de las leyes del mercado, contexto con el que de antemano quedan excluidas todas aquellas personas que por sus condiciones de precariedad o vulnerabilidad no tienen opción de ejercer algún tipo de libertad económica que los deje participar en el discurso

⁶⁶ Véase Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1997.

liberal del Estado mínimo que se propone, pues lo que ellas necesitan en realidad es un Estado que sea activo y promotor de la satisfacción de las necesidades más básicas de las que carecen.

Por otra parte, frente a los libertarios, los igualitarios, como Gargarella, prefieren que la igualdad sea el centro de atención en la teoría de la justicia. La intuición reflexiva que impulsa al liberalismo igualitario es la de tratar de revertir o moderar las penurias derivadas de aquellas condiciones iniciales ajenas al control de las personas (distribución de capacidades y talentos, contexto social, entre otras).⁶⁷ Debido a esto, se habla de igualdad en el sentido de no explotación, de deberes positivos a cargo del Estado para satisfacer los bienes básicos que por omisión no han sido satisfechos para algunos grupos en específico; todo ello con el fin de garantizar que las personas puedan desarrollar su propio plan de vida.

Inclusive, hay quienes sostienen que aun cuando la conquista de derechos se ha hecho casi siempre a costa del poder despótico, hay algunas excepciones, por ejemplo, el derecho a la acumulación ilimitada de bienes que proviene del liberalismo libertario, ya que este derecho conduce también a una propia forma de despotismo, que a la larga parece no transformar las bases de la sociedad civil burguesa, sino que da lugar a que las desigualdades materiales y la coacción económica sigan existiendo en la realidad social en perjuicio de los menos favorecidos.⁶⁸

Para delimitar ciertos criterios convencionales del liberalismo igualitario frente al liberalismo conservador, Roberto Gargarella sostiene las siguientes premisas:

- a) distribución de los recursos iniciales: en el liberalismo conservador, un sistema institucional es considerado justo mientras la distribución de recursos sea producto de las decisiones de un mercado económico eficiente en el que prevalezca la igualdad de oportunidades. En cambio,

⁶⁷ Gargarella, Roberto, “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en *Doxa Isonomía*, núm. 19, 1996, p. 357.

⁶⁸ Estévez, José (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, p. 11.

- el liberalismo igualitario sostiene que debe actuarse correctivamente sobre la inicial distribución de recursos existente en la sociedad, considerando, en su caso, que la distribución originaria estuvo influida por contingencias sociales y naturales ajenas al control de los individuos;
- b) el liberalismo igualitario entiende que los derechos individuales pueden lesionarse por acciones o por comportamientos omisivos, con lo cual reconoce la existencia de ciertos “derechos positivos”, que conllevan obligaciones activas. Por su parte, el liberalismo conservador es reuente en reconocer la posibilidad de que alguien viole derechos a través de una conducta omisiva. En realidad, estarían más preocupados en defender el principio de no agresión por parte de terceros —particularmente del Estado—, y
 - c) la idea de libre elección o elección autónoma: los liberales conservadores asumen como dadas las preferencias de los distintos individuos, mientras que los igualitaristas se distinguen por concentrarse más en la formación endógena de esas preferencias. Esto implica que no están dispuestos a calificar como autómatas ciertas preferencias que no han sido moldeadas a partir de diversos factores, como la falta de información relevante, la debilidad en la voluntad, la miopía en la tendencia adaptativa. Por eso proponen que las elecciones surjan de un proceso colectivo de discusión racional y pública (elemento importante de la concepción deliberativa de la democracia).⁶⁹

En general, lo que distingue al libertarianismo del liberalismo igualitario es el deber ético de que haya una asignación equilibrada de recursos y que, en su defecto, existan mecanismos de compensación, en virtud de los cuales se pueda dar una posición igualitaria o aproximada para que, a partir de ello, las personas —en especial las más desaventajadas— puedan ejercer su autonomía personal sin estar influenciadas por factores endógenos externos que en determinado sentido los orillaron a ejercer su libertad.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 358-361.

En la última opción se encuentra el comunitarismo. Autores como Charles Taylor, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel o Michael Walzer defienden una visión teológica de la justicia. Para ellos, los principios de justicia no se pueden inferir sin una previa concepción del bien de la persona. En ese sentido, sostienen que tal pretensión conduce a proponer fórmulas vacuas; o bien, implica pasar de contrabando una cierta concepción del bien. Más aún, dice Nino, los autores comunitarios también señalan que las concepciones del bien se articulan a través de las prácticas y convenciones de una sociedad, por lo que los principios que se infieran de ellas varían según las sociedades, contrariamente a la aspiración liberal deontológica de inferir principios de justicia universales y abstractos.⁷⁰

Sin embargo, no por esas críticas Carlos Nino deja de aceptar que la concepción deontológica de la justicia de Kant es la más influyente en la modernidad. Para el filósofo, recuerda Nino, los principios básicos de la moral deben poseer la universalidad de los principios de la lógica y el contenido no trivial de la física. Además, los principios deben ser autónomos —ya que cada quien se los da a sí mismo al margen de cualquier autoridad humana o divina— y categóricos —porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos—. Por tanto, este conjunto de requisitos permite inferir que estos principios provienen de seres racionales en igualdad de condiciones.⁷¹

1.7. EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN EL DERECHO

Como se ha visto, existen varias teorías que siguen generando intensos debates acerca de un concepto de justicia racional. Dworkin señala que la justicia es una institución que interpretamos, y que por ello existe una gran cantidad de concepciones en torno a esta. Asimismo, opina que esto ha motivado la imposibilidad de establecer una definición que sea generalmente aceptada, pues incluso los propios filósofos rara vez intentan determinarla, debi-

⁷⁰ Nino, Carlos, “Justicia”, en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 473.

⁷¹ *Ibidem*, p. 474.

do a que difícilmente se puede llegar a un concepto que sea lo suficientemente abstracto como para poder discutirlo, o a otro que sea lo suficientemente concreto como para hallarle su utilidad.⁷²

Sin embargo, lo importante aquí es distinguir que ese concepto, cuya casa está en la moral, tiene una fuerte relación con la noción de derecho. En ese sentido, MacCormick es de la idea de que un sistema jurídico debe abarcar deberes de justicia.⁷³

Ciertamente, en la actualidad hay grandes dificultades para poder determinar con estricta precisión qué es la justicia, pero no por ello debe desconocerse la prominente discusión que ha causado la teoría rawlsiana, para partir de allí de forma mucho más práctica hacia una reflexión que involucre los dos principios de su teoría en situaciones concretas.

La teoría rawlsiana es sin duda el mejor acercamiento que en la actualidad existe con respecto al concepto de justicia y, por ende, siempre es un referente obligado para cualquier tipo de discusión en que pretenda situarse su ubicación con respecto al derecho, dado que de ella puede apreciarse que el derecho está fuertemente ligado a la moral.

Por tal motivo, en la actualidad sería iluso pensar que la ética no juega un papel importante para el concepto de validez de las normas, ya que frente a ella, los operadores jurídicos adoptan un punto de vista interno, crítico y moral del sistema en que se desarrollan.

La validez de las normas jurídicas, dice Garzón, no es una cuestión de grado, como podría ser la de su eficacia. Una norma jurídica es válida o no lo es, ya que sería un sinsentido decir que es más o menos válida, porque además de introducir criterios de moralidad para determinar el supuesto grado de validez del derecho, significaría desconocer la naturaleza misma de la moralidad que trasciende a la legalidad al grado de censurar leyes.⁷⁴

⁷² Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Madrid, Gedisa, 2010, p. 63.

⁷³ MacCormick, Neil, "En contra de la ausencia de fundamento moral", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 115.

⁷⁴ Garzón, Ernesto, "Derecho y moral", en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco (coords.), *op. cit.*, p. 404.

Entonces, el derecho se constituye como una forma de ejercicio de la racionalidad práctica y ese ejercicio se realiza de acuerdo con una concepción de la justicia. Los partidarios de la tesis de la separación entre derecho y moral, como se ha dicho, no niegan que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada, sino que el asunto radica en definir si es posible algún tipo de distinción conceptual entre derecho y moral, entendidos estos como sistemas normativos, lo cual, de acuerdo con lo aquí defendido, parte de una relación necesaria entre ambos, pues el derecho, como sistema jurídico, no está librado de forma alguna de los principios de justicia que defiende la teoría rawlsiana para sostener su validez.

Un claro ejemplo de lo anterior se encuentra en la ejecutoria dictada el 19 de noviembre de 2014 en el amparo directo en revisión 230/2014, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a una controversia en materia familiar. Los puntos particulares de la litis constitucional se centran en determinar si una persona que permanecía casada estaba obligada a otorgar alimentos a una persona con la que guardó una relación de concubinato y con quien había procreado hijas, la cual, por cierto, desconocía del vínculo matrimonial del señor.

La Corte mexicana explicó que la litis debía analizarse a la luz de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en razón de que tenía que determinarse si solo las mujeres casadas o en legal concubinato tenían el derecho a recibir alimentos, para efecto de evitar una discriminación por razón de sexo y estado civil, en virtud de que en el caso, más que una relación de concubinato, las autoridades responsables habían definido la relación entre las partes como un amasiato.

Después de una serie de consideraciones que explica la Corte en torno a la institución de los alimentos como una forma de garantizar un nivel de vida digno, expuso que la pensión compensatoria en materia alimentaria forma parte de las obligaciones en materia familiar, la cual surge incluso dentro del concubinato, reconocido en el derecho civil.

En materia de pensión compensatoria, la Primera Sala estableció que esta había sido regulada con la finalidad de que se protegiera a la mujer —quien se había dedicado a realizar actividades del hogar durante el tiempo que duró el matrimonio—, debido a que realizar dicha función doméstica le había impedido desempeñarse laboralmente a fin de obtener sus propios ingresos.

Este tipo de pensión, más que fundarse en el deber de solidaridad, tiene como razón un deber asistencial y resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al disolverse el vínculo matrimonial. Ello, explicó la Corte, en virtud de que en México es común que uno de los cónyuges sea el que dedique su tiempo de forma preponderante a las labores domésticas y cuidado de los hijos, mientras que el otro funge como proveedor.

En ese sentido, insistió la Primera Sala, la pensión compensatoria busca resolver el desequilibrio económico en que se coloca al cónyuge que, por dedicar la mayor parte de su tiempo al hogar, no pudo terminar sus estudios profesionales ni conseguir un empleo. Luego de la disolución del vínculo matrimonial, este se encuentra en desventaja porque carece, de momento, de una situación que le permita tener un desenvolvimiento económicamente activo, a partir del cual pueda allegarse de los recursos necesarios para hacer frente a sus necesidades.

También agregó que la pensión compensatoria no tiene como objetivo imponer una sanción, sino solamente resarcir la posición desaventajada del cónyuge, pues la pensión solo lo dotará de un ingreso suficiente hasta que dicha persona se encuentre en posibilidades de proporcionarse a sí misma los medios necesarios para su subsistencia.

Sobre la pensión compensatoria en el concubinato, se dijo que el legislador buscaba proteger también las relaciones de pareja que surgían del hecho. Por tanto, en aras de evitar situaciones de injusticia o desprotección sobre aquellas personas que si bien conformaban una familia, no lo hacían dentro del esquema matrimonial tradicional, ello resultaba irrelevante porque el concepto de familia no podía interpretarse desde un punto de vista restrictivo, sino desde un enfoque más amplio, en el que se in-

cluyeran situaciones de convivencia ajenas al matrimonio y, por tanto, deberían recibir el mismo nivel de protección.

En tal virtud, se determinó, al igual que sucede con el matrimonio, que cuando se quebranta una relación de concubinato es posible que surja la obligación de la pensión compensatoria, en razón de que la persona que dedicó más tiempo a atender el hogar también merece un trato asistencial y resarcitorio para efecto de que, una vez disuelta la relación, no se encuentre en una posición de desventaja económica.

En la parte que más interesa, la Primera Sala determinó que la obligación de dar alimentos, especialmente tratándose de pensión compensatoria, constituye un elemento indispensable para evitar colocar a las parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho de acceder a un nivel de vida adecuado.

Por tanto, cuando se acredite la existencia de una pareja que conviva de forma constante y estable, acorde con los principios de afectividad, solidaridad y ayuda mutua, deben aplicarse las protecciones mínimas que están previstas en el derecho familiar tanto para el matrimonio como para el concubinato, condición que, según se infiere de los razonamientos implícitos que esgrime la Corte al hablar sobre la institución de los alimentos, es la única forma en que se puede lograr que —una vez satisfechos los rubros tan vitales como la alimentación, vestido, vivienda, educación y salud— una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado bienestar, a partir del cual se pueda garantizar un nivel de vida adecuado, pues para ello es indispensable que se encuentren cubiertas todas las necesidades básicas de los sujetos imposibilitados.

De la ejecutoria, lo que se aprecia en términos de la teoría de justicia rawlsiana analizada y los debates generados principalmente entre quienes se inclinan por un liberalismo igualitario es que detrás de la argumentación de la Suprema Corte existe una inversión del orden lexicográfico entre los principios de libertad e igualdad, así como una manifiesta aplicación del principio de racionalidad *maximin*.

En efecto, la idea que sostiene de forma implícita la Corte es que en lugar de asegurar primero un derecho igual al sistema más

extenso de libertades, debe garantizar prioritariamente que las desigualdades económicas se vayan difuminando, pues para dicho Tribunal es más importante que primero se logre proteger a la persona socialmente menos aventajada, para después, una vez satisfechos sus bienes básicos (alimentación, vestido, vivienda, salud, atención médica, educación, etc.), exista un nivel de vida adecuado que le permita ejercer las libertades respectivas.

Con tal argumentación también deja ver su inclinación para hacer efectivo el principio *maximin*, porque busca hacer menos mala la peor situación; de modo que aquellas personas que se encuentren en una situación de desventaja económica por las causas ya descritas tengan, aunque sea de forma transitoria, una compensación asistencial y resarcitoria para poder eventualmente desarrollarse en el ámbito productivo y en adelante puedan satisfacer sus necesidades por sí mismas.

Con ello se busca justamente que la peor situación —la de dejar en posición de desventaja económica a la persona— sea solamente temporal y pasajera, es decir, que no sea tan negativa, ya que el impulso asistencial que dicha persona recibirá tiene por finalidad no solo lograr su bienestar en un determinado tiempo, sino también impulsar a dicha persona para que se integre al mercado laboral por sí misma, y a la larga ese ritmo de vida le permita ejercer todo el esquema de libertades que le brinda el orden jurídico, tales como elegir, en su caso, la vivienda que más le guste o poner en práctica las actividades recreativas, culturales o educativas acordes con su plan de vida.

Lo que busca esta breve referencia, además de ilustrar los debates del liberalismo igualitario que suscita la teoría de la justicia en la práctica, es evidenciar una vez más que entre el derecho y la moral hay un punto de inflexión que está justificado cada día con mayor énfasis en la construcción jurídica de las instituciones, pues para hablar de ellas se hace referencia a los principios que las justifican, como son la igualdad y la no discriminación, diseño que permite deslindarse en gran medida de aquella ferviente y normalizada necesidad académica de encuadrar siempre los debates de la filosofía del derecho solo dentro de los planteamientos tradicionales de la tesis conceptual que los separa.

1.8. LOS DERECHOS HUMANOS PARA EL CONCEPTO DE JUSTICIA

En la antesala teórica de los derechos humanos es necesario acudir a la famosa polémica entre Hart y Dworkin sobre el controvertido tema de los principios y las reglas.

Dworkin señala que el error principal del positivismo fue creer que en todos los sistemas jurídicos existe un test fundamental reconocido por los operadores jurídicos que determina el carácter jurídico o no de las normas. Sin embargo, los jueces no solo apelan a reglas jurídicas para resolver controversias, sino que también acuden a los llamados principios jurídicos, entendidos como normas que contienen imperativos de justicia o de alguna otra dimensión moral.

Por ello, Dworkin, en contra de lo defendido por Hart, sostiene que el ordenamiento jurídico se integra por reglas, principios y directrices. La diferencia principal surge en la aplicación. Las reglas, dice Dworkin, responden a los hechos dados; si una regla es válida y se actualiza el hecho, la regla debe ser aplicada. En cambio, los principios no pretenden establecer condiciones necesarias para su aplicación, sino que más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular.

Además, cuando los principios entran en conflicto, se sopesan sobre las dimensiones de importancia que les son inmanentes, para resolver en cada conflicto particular cuál es el peso que debe brindarse a cada principio; cosa que corresponderá a los órganos encargados de adjudicar los derechos, sobre quienes recae necesariamente una ardua tarea filosófica de descubrimiento.⁷⁵

En el *Post scriptum al concepto de derecho*, Hart admite que los principios fueron abordados muy brevemente en su obra; sin embargo, responde a Dworkin diciendo que las reglas no siempre hacen referencia a ciertas regulaciones específicas de la conducta, pues también pueden estar constituidas por estándares generales que limitan las atribuciones de cuerpos administrativos encarga-

⁷⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2009, pp. 62-145.

dos de aplicarlos, al igual que por estándares que no requieren conductas específicas por parte de sus destinatarios. Por tanto, el ordenamiento jurídico se constituye solo por un conjunto de reglas primarias y secundarias.⁷⁶

Por otra parte, Ferrajoli señala que existe una distinción entre dos tipos de principios: los *principios en sentido fuerte*, que son aquellos defendidos por la literatura neoconstitucionalista, la cual sostiene que —a diferencia de las reglas aplicadas de forma perentoria a los supuestos en ellas previstos— los principios se respetan y se ponderan, pues se caracterizan por una mayor indeterminación por estar formulados en términos morales y por la situación de conflicto recíproco en la que a menudo se encuentran, y los *principios en sentido débil*, en los que la diferencia entre reglas y principios es meramente cuantitativa, ya que atiende al grado en el que tales características aparecen en todas las normas, en mayor grado los principios y en menor grado las reglas.⁷⁷

Aunque Ferrajoli dice no estar del todo de acuerdo con un constitucionalismo de corte liberal basado en el objetivismo ético porque en su concepto —como lo recuerda Bobbio—, los principios éticos no son autoevidentes y de absoluto valor universal. Menciona también que con ello se puede excluir a quienes no creen que exista objetivamente la moral o la justicia, con lo cual se niega un pluralismo moral, político y de laicidad al derecho y a las instituciones; contribuyendo además a correr el riesgo de debilitar la normatividad de las constituciones frente al legislador, apoyando y promoviendo, más allá de sus márgenes inevitables, la discrecionalidad y el activismo judicial, minando con ello la jerarquía de las fuentes y la separación de poderes.⁷⁸

Pero también considera que los límites de carácter sustantivo, constitucionalmente impuestos por los órganos representativos, consisten en los derechos sociales y de libertad que ninguna ma-

⁷⁶ Hart, H.L.A., *op. cit.*, p. 38.

⁷⁷ Así lo distingue Ferrajoli en el prólogo a la reciente edición del libro de Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁸ Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.

yoría puede violar válidamente, dado que el nuevo paradigma del derecho —a diferencia de lo que sucedía en el Estado legislativo de derecho— ha positivizado el deber jurídico de considerar la invalidez sustancial de las normas y criticar su ilegitimidad constitucional.⁷⁹

En tal sentido, lo que destaca es que en el llamado paradigma del Estado constitucional de derecho, los derechos en sí, representan una posición crítica, dinámica y evolutiva frente al orden jurídico positivo. Es una constante necesaria de los derechos contrastar los enfoques éticos al derecho en el que se desenvuelven.

Incluso, puede decirse que desde la teoría política pos-hobbesiana se advierte un intento progresivo de deconstrucción de la potencia atribuida al Estado y al derecho, en razón de su fuerza, como único criterio de legitimidad. En efecto, el liberalismo europeo contribuye sin duda al desarrollo del Estado moderno, que no sustenta su legitimidad solo en la eficacia y la coacción.

En cierta forma, así lo explica Schmitt cuando dice: “[...] El Leviatán, como mito del Estado máquina magna, se quiebra por obra de la distinción entre el Estado y la libertad individual, no eran sino cuchillos con los que las fuerzas antiindividualistas [los poderes indirectos] descuartizaron al Leviatán y se repartieron entre sí su carne. Así fue como el dios mortal murió por segunda vez [...]”.⁸⁰

Con estas ideas, entre reglas y principios, se puede ver cómo los derechos humanos, en cuanto parte de los principios, funcionan como un diluyente teórico. El viejo dilema y conflicto entre derecho natural y derecho positivo, entre justicia y validez, entre razón y voluntad, ha quedado diluido gracias a la positivización históricamente determinante y contingente de los derechos en el constitucionalismo, al entenderse estos como un conjunto de límites y vínculos frente a la democracia mayoritaria que pasa

⁷⁹ Véase nota 77, pp. 19-21.

⁸⁰ Schmitt, Carl, *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, trad. de Francisco Conde, Granada, Comares, 2004, p. 40.

necesariamente por reflexiones de carácter político y moral, dejando atrás de una vez por todas la avaloratividad jurídica del positivismo jurídico.

Hay quienes opinan que no fue la positivización de los derechos solamente lo que logró colocarlos como punto de partida para cerrar la discusión entre las relaciones del derecho y la moral, pues para algunos autores, gracias a que los derechos son en esencia morales es que puede hablarse de un proceso de legitimación vía su incorporación en el orden jurídico. En cierta forma, Bulygin admite hablar de derechos humanos y derechos morales, cuando señala:

Nada impide hablar de derechos morales y derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender una validez absoluta. Ellos solo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral [...] Por tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o una pretensión. Solo con su 'positivización' se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando 'esa realidad' sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea este nacional o internacional incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no meramente morales [...].⁸¹

Para Peces-Barba, ciertamente los derechos humanos requieren ser positivizados, pero solo es para completarlos en su dimensión de derecho positivo, sin que por ello deba olvidarse que su origen se encuentra siempre en el plano de la moral y dentro de un marco histórico específico que proviene de la Época Moderna del mundo europeo,⁸² lo cual, para las discusiones del multiculturalismo, ha significado una suerte de imperialismo, cuya crítica es latente e importante para Latinoamérica.

Los partidarios de la tesis de que los derechos son antes mo-

⁸¹ Bulygin, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, p. 624.

⁸² Peces-Barba, Gregorio, "Sobre el fundamento de los derechos humanos", en Peces-Barba, Gregorio (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 267.

rales que jurídicos dirían que los derechos fueron positivizados justamente porque existían previamente, argumento que va muy de la mano con pensar que, como dice Peces-Barba, el derecho es la forma catalizadora mediante la cual la dignidad, la libertad y la igualdad han encontrado la manera de transformarse en la idea de derechos que vinculan a todo el sistema de derecho positivo.⁸³

Por tanto, de forma contraria a lo que sostiene Pérez Luño, los derechos humanos no tienen una connotación equivalente a la de derechos morales y/o naturales,⁸⁴ pues como dice Alfonso Ruiz Miguel, no cualquier obligación ética correlativa de derechos atribuidos a los hombres convierte sin más tales derechos morales en derechos humanos, ya que solo reciben ese título algunos derechos especialmente importantes (pueden existir derechos morales que por ser tan poco humanos no han sido incluidos en esa clasificación).⁸⁵

En otro orden de ideas, se piensa que es un presupuesto de la gramática de los derechos humanos que estos tengan una concepción fundada en el individualismo metodológico, porque cada uno se preocupa por la defensa de sus propios derechos, pero no por el reconocimiento de los que corresponden a otros. De hecho, desde ese enfoque se dice que la eficacia de los derechos depende en gran medida de que el interesado active las palancas institucionales que logren accionarlos.

Es verdad que en una sociedad como la actual se fomenta compulsivamente el egoísmo. El consumismo es una forma manifiesta de colonización del ocio por comportamientos egoístas, y la desarticulación de las organizaciones sociales de las últimas décadas mina las bases del aprendizaje del actuar solidario de las personas.

Por eso, a la par de ese individualismo metodológico debe existir una comprensión ética de los derechos humanos, como lo

⁸³ *Ibidem*, p. 268.

⁸⁴ Pérez Luño, Antonio, "Concepto y concepción de los derechos humanos", en *Doxa Isonomía*, núm. 4, 1987, p. 52.

⁸⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, "Los derechos humanos como derechos morales: entre el problema moral y la denominación confusa", en Mugerza, Javier (comp.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, p. 321.

sostiene Amartya Sen,⁸⁶ en razón de que con ello se puede entender que la existencia de un derecho es similar a cualquier exigencia ética. Por ello, como se ha dicho, está justificado pensar que los derechos son morales antes de que puedan ser reconocidos por el derecho positivo.

Sobre el mismo tema cabe destacar que en contra de la crítica que Ralf Dreier plantea, al decir que la introducción del capítulo de derechos fundamentales en las constituciones modernas ha provocado una moralización tan grande para el derecho positivo que la moral ha perdido mucho de su tradicional carácter trascendente, Garzón le responde que eso no necesariamente es verdad, porque las normas jurídicas no son las únicas que rigen el comportamiento humano, además de que la moralidad continúa jugando un papel crítico por lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas morales positivizadas.⁸⁷

Con estas ideas puede aterrizar en lo que Rodolfo Vázquez señala: “el invento más revolucionario y el arma conceptual más poderosa en contra de las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia, son los derechos humanos”, pues estos protegen bienes y valores.

Para Vázquez, los derechos van asociados a la idea de justicia, porque son razones fuertes de especial valor que se le atribuye a ciertos bienes, intereses o necesidades que desean protegerse y garantizarse. En adición, considera que el carácter de universalidad de los derechos —refiriéndose a la propiedad de adscribirse a todos los seres humanos— permite sacar del ámbito jurídico a los mismos, ya que el orden jurídico positivo está necesariamente acotado a un ámbito específico de validez espacial y temporal. Por tanto, los valores, intereses o necesidades que pretenden protegerse son anteriores a su configuración normativa y, por eso, los derechos son una exigencia moral no institucionalizada jurídicamente, que eventualmente puede ser positivizada.⁸⁸

⁸⁶ Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010, p. 363.

⁸⁷ Garzón, Ernesto, “Derecho y moral”, en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 404.

⁸⁸ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, IJ-UNAM, 2015, pp. XI-XIX.

Por su parte, Atienza no duda en reconocer que la razón jurídica sobre la cual se entiende al derecho no es concebida como una razón de éxito o eficiencia del mismo, sino por pretensiones de corrección, de justicia o de legitimidad, que se determinan a partir de un diálogo y del consenso como criterios de justificación. Esta justificación solo es posible bajo la convicción de que existen criterios objetivos como el principio de coherencia o de integridad, que le otorgan un carácter crítico y racional, así como el reconocimiento de un conjunto de necesidades básicas de los seres humanos, con respecto a las cuales el derecho se encuentra vinculado.⁸⁹

Con apoyo en estas ideas, los derechos humanos son entendidos como una construcción racional, ética y posmetafísica de carácter objetivo, pues ameritan crítica, discusión y propuestas para su complejo desdoblamiento, siempre amparados bajo la tutela de una democracia plural y deliberativa, y tratando de evitar su excesiva inflación emotiva, dado que, parafraseando a Laporta, el exceso en el listado de los derechos humanos traerá aparejada menos fuerza en cuanto a su exigencia, ya que entre más sea la fuerza moral o jurídica que se les suponga, más limitada debe ser la lista de derechos.

En efecto, el siglo XXI es el de los derechos humanos, tanto en el ámbito de su reconocimiento como en el de la visibilidad de sus violaciones. Así, el aumento de la conciencia de su importancia implica una repulsión a las violaciones y, por ello, estas se encuentran en relación directamente proporcional con la conciencia ética de la reivindicación y reconocimiento de los derechos.

Sin embargo, el aumento de esa conciencia colectiva se traduce al mismo tiempo en que la excesiva ampliación de los derechos reconocidos ahora implique una rebaja en las exigencias morales y conceptuales que deben satisfacer determinadas pretensiones para ser consideradas como auténticos derechos. Así, el aumento en la extensión e inflación del concepto y reconoci-

⁸⁹ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-UAM, 2004, p. 120.

miento también supone una reducción en el ámbito conceptual y ético de su garantía.

Esta es una reflexión por la que es pertinente recurrir a la célebre opinión de Bobbio de que más allá de determinar cuáles y cuántos derechos existen, la importancia radica en analizar cuál es el modo más seguro para lograr su garantía en los Estados:

Hace tres años, en 1964, dentro del encuentro promovido por el Institut International de Philosophie sobre el “fundamento de los derechos humanos”, tuve ocasión de decir en un tono algo perentorio, al final de mi ponencia, que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. Desde entonces no he tenido razón alguna para cambiar de idea. Si acaso, esa frase que, dirigida a un público de filósofos, podía tener una intención polémica, cuando he tenido que repetirla en el encuentro, predominantemente jurídico, promovido por el Comitato consultivo italiano per i diritti dell’uomo, ha podido servir como introducción, por así decirlo, casi obligada [...] El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.⁹⁰

Un señalamiento adicional tiene que ver justamente con que los derechos, en cuanto expresión de pretensiones de justicia, no pueden prescindir de los Estados constitucionales democráticos, por lo que en la introducción de su libro *El tiempo de los derechos*, Bobbio liga de manera estrecha la difusión de los derechos subjetivos civiles, políticos y sociales a la difusión de la democracia en Occidente. La asunción de ese comprometido repertorio de garantías, que subyace a la expresión *derechos del hombre* como fundamento del orden político, era a la vez condición y función de la democracia moderna. De ahí que Bobbio opine que la democracia es la sociedad de los ciudadanos y los súbditos se con-

⁹⁰ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 63 y 64.

vierten en ciudadanos cuando se les reconocen ciertos derechos fundamentales: sin el reconocimiento y protección de derechos humanos no hay democracia.⁹¹

En conclusión, los derechos son necesariamente límites éticos del derecho y límites para el derecho dentro de un sistema democrático. En el primer caso, en la medida en que están dentro del sistema normativo y, en el segundo, cuando no están aún traducidos en una norma jurídica. Su antecedente moral podrá legitimar en un caso específico la derrotabilidad de la norma jurídica frente a un argumento de la ética, como sucede por ejemplo en materia de objeción de conciencia o en análisis de perspectiva de género, en los cuales la fuerza de la pretensión de corrección desplaza a la presupuesta eficacia de alguna norma jurídica.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 10-19.

Capítulo 2

Constructivismo jurídico

Con otra topografía intelectual podríamos hacer mejor las cosas: podríamos entender que el derecho no es algo distinto de la moral sino parte de esta.

Ronald Dworkin

2.1. INTRODUCCIÓN

La *díada teórica tradicional* ha ocupado un espacio prioritario en la discusión del derecho. Generalmente se ha constituido por los debates fincados entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo en la justificación epistemológica de la ciencia jurídica. Gran parte del enfrentamiento se ha generado por el discutido planteamiento de si entre derecho y moral existe alguna relación.¹

¹ Rodolfo Vázquez explica que durante las primeras décadas del siglo xx se impuso la tendencia de que se separara la ética de las ciencias humanas y sociales. En su concepto, ello puede apreciarse a partir de tres obras significativas: *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de Lionel Robbins; *La teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen, y *Lenguaje, verdad y lógica*, de Julius Ayer, todas ellas publicadas entre 1934 y 1936. Los tres autores asumían una postura no cognoscitivista con respecto de la ética: para Robbins, indica Vázquez, los juicios de valor de naturaleza ética debían ser desterrados del campo de la economía; por su parte, Kelsen era de la idea de que existiera una separación radical entre moral y derecho, de manera tal que con ello se aseguraría la pureza del derecho, finalmente, con Ayer sucedía lo mismo, pues defendía que los juicios éticos se reducían a expresiones de un estado de ánimo de aprobación o de rechazo. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 17 y 18.

Hart considera que en ocasiones ello se debe a que existe una pretensión de que la esencia o naturaleza del derecho tiene como presupuesto la afirmación general de que entre este y la moral hay una conexión necesaria en algún sentido, por lo que para poder analizar la noción de la ciencia jurídica siempre es indispensable contemplar dicho presupuesto.

El profesor de Oxford recapitula que habrá quienes concedan alguna utilidad a la explicación de que existe una unión entre reglas primarias y reglas secundarias como punto de partida de la explicación del derecho; pero agregarían como crítica que ello no basta para identificarlo, puesto que es preciso reconocer la importancia central que tiene la relación necesaria de este con la moral, pues, de lo contrario, se andaría entre las *nieblas* que por mucho tiempo han circundado la comprensión del derecho mismo.²

Sin embargo, en el capítulo anterior se defiende que en las fronteras teóricas de la discusión jurídica se pueden apreciar distintos elementos que la conforman, desde la que es posible advertir que entre derecho y moral existe una conexión necesaria, al menos desde un objetivismo mínimo, con lo cual, los esquemas defensivos desde los que se enfrentan los modelos dentro de la *díada teórica tradicional* se han diluido de forma paulatina, y se han difuminado aquellas constantes bajo las cuales se adoptaba una u otra posición, con el carácter exclusivo y autoexcluyente frente al modelo contrario.

Por esta razón, al haberse planteado la necesidad de entender el derecho en su relación con la justicia, es que en este capítulo se plantea la propuesta de entenderlo desde una visión epistemológica distinta a la de la *díada teórica tradicional*, a partir de la premisa de que este se desarrolla como una construcción enteramente social que depende siempre de la interpretación, al ser la etapa final en que se sostiene la eficacia del orden jurídico, pero que depende también de una visión hermenéutica que complementa tal proceso, para culminar como un producto normativo construido y visible para su último destinatario desde pretensiones de justicia.

² Hart, H.L.A., *op. cit.*, pp. 193 y 194.

2.2. EL DERECHO: UNA CONSTRUCCIÓN SOCIAL

Ya lo dice Atienza al referirse a Dworkin: una de las principales contribuciones de este a la filosofía del derecho y a la cultura jurídica ha sido ensanchar los horizontes de los juristas al defender la idea de que el derecho no puede verse o no consiste solo en un conjunto de normas, sino que esencialmente es una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores.

Atienza señala que las explicaciones del derecho han estado dominadas durante los últimos siglos por el positivismo jurídico. Los positivistas, por su parte, han considerado que el derecho se reduce al derecho positivo, es decir que se trata de un fenómeno determinado social e históricamente, de una creación humana, lo que supone también negar que se pueda atribuir la calidad de jurídico a entidades —normas— provenientes de un presunto derecho natural, cuya fuente estaría en la naturaleza de las cosas, de la razón humana o de la voluntad de Dios.

Los positivistas también han defendido la tesis de que el derecho debe contemplarse como un fenómeno separado de la moral y de la justicia, sin que esto quiera decir que entre aquel y la moral no exista alguna relación, sino solamente que el derecho puede ser identificado sin acudir a criterios morales, dado que preguntarse lo que este es difiere de preguntarse cómo debe ser, pues la contestación a esos dos interrogantes, abunda Atienza, es tarea de dos disciplinas distintas: la teoría del derecho y la teoría de la moral o de la justicia.

El análisis de la llamada jurisprudencia analítica impulsada por un discípulo de Bentham, John Austin, arroja que el derecho debe verse como un conjunto de mandatos respaldados por la coacción que un soberano establece para sus súbditos, en tanto que el hecho de que los mandatos sean jurídicos no depende de su contenido, sino fundamentalmente de que cuenten o no con el respaldo de la fuerza física. Austin siempre insistió en la pertinencia de separar el ser y el deber ser del derecho, dada la necesidad de configurar una ciencia que tuviera como objeto la descripción del derecho positivo y el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales.

Atienza agrega que Hart cuestionó parte de ese modelo sobre la premisa del imperativismo, esto es, el hecho de que un sistema jurídico pueda verse solo sobre el término de mandatos respaldados por amenazas. Para él, el derecho consiste en un conjunto de normas, pero en los ordenamientos jurídicos existen distintos tipos de normas, algunas de las cuales no son coactivas. Si bien la coactividad es una nota fundamental del derecho, esta se predica del conjunto, no de cada uno de sus elementos.

De esta crítica, como es sabido, derivó la tesis de que el derecho se conforma tanto por normas primarias como por normas secundarias, ante lo que cabe señalar que el carácter de estas últimas no satisface necesariamente el modelo imperativista de Austin. Hart, ilustra Atienza, en su carácter de positivista defendió que el derecho difiere del tema de si algo es justo o no, ya que identificar una norma como jurídica depende de la operación que realiza el jurista a través del criterio jurídico que él llamó la *regla de reconocimiento*, sin que deba entonces acudir a la moral.

La famosa crítica de Dworkin en contra de ese tipo de positivismo jurídico consistió en establecer que hay distintos tipos de normas, algunas de las cuales se denominan principios, cuyo carácter jurídico no podría determinarse acudiendo a criterios como el sugerido por Hart sobre la *regla de reconocimiento* —a la cual Dworkin criticó bajo el enfoque del *origen o pedigrí* de las normas—, sino que para ello era necesario reconocerles mediante un procedimiento que supone llevar a cabo un razonamiento moral, con lo cual puso duramente en cuestión la estricta tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral.³

³ Dworkin apoya su tesis bajo la explicación del *Caso Riggs vs. Palmer*, en el que se planteó si una persona tenía o no derecho a suceder a alguien que había fallecido y que era su abuelo. En las leyes de Nueva York vigentes en ese momento existía un precepto que establecía que bajo determinadas circunstancias el pretendiente (nieto) de la herencia tenía ese derecho. Pero en el caso resultaba que el nieto había sido también el asesino del abuelo precisamente para obtener la herencia. El derecho penal castigaba el asesinato, pero las normas que regían las sucesiones no hacían ninguna referencia a esa circunstancia. Los jueces que decidieron el caso, por mayoría de votos, rechazaron la pretensión del nieto, basándose en un principio según el cual nadie puede obtener provecho de un acto ilícito suyo. Lo importante es que ese principio no estaba formado explícitamente en alguna norma

El modelo dualista del derecho, en que se defiende la existencia de dos sistemas distintos (jurídico y moral), dio paso a un nuevo enfoque, en el que las relaciones entre el derecho y la moral se plantean de otra manera: “No se trata ya de que el derecho consista en normas establecidas por una autoridad y en principios morales, sino de que es parte de la moral, una «rama de la moralidad política»”.⁴

La posición de Dworkin supone una notable ampliación de lo jurídico, en contra de las restrictivas versiones positivistas. El planteamiento no descansa solo en que el objeto de la teoría del derecho debe desvincular a la moral, sino también en que el derecho no se constituye solamente por un conjunto de normas, sino que es además una práctica social sustentada en valores del Estado constitucional.

En otras palabras, el enfoque dworkiniano entraña la posibilidad de apreciar el derecho desde su dinámica interactiva y constructiva, para separarlo de la incesante necesidad de verlo estático solo en las normas jurídicas. En esa medida, el derecho se conforma como una empresa interpretativa que no se agota en las normas escritas, sino en la obligación de armonizar esas normas, e incluso reescribirlas, para formular una novela coherente y en cadena.

Sobre este punto, cuando Dworkin habla respecto de la integridad en la interpretación de la Constitución entiende las responsabilidades de los magistrados del Tribunal Supremo como si contribuyeran a elaborar una gran novela, a la que cada uno agregaría un nuevo capítulo en adecuada continuidad con los anteriores:

[...] Imaginemos, pues, que un grupo de novelistas se compromete en un proyecto particular. Echan suertes para determinar el orden de intervención [cada uno] ha de añadir un capítulo a la novela, y lo

jurídica, sino que se incorporó al derecho, afirma Dworkin, no en virtud de una regla de reconocimiento, sino por su contenido moral. Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2009.

⁴ Atienza, Manuel, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013, p. 139.

ha de escribir de forma tal que logre que la novela esté construida como la mejor novela posible. Cuando completa su capítulo, envía los dos capítulos al siguiente novelista [...] Se espera que los novelistas se tomen sus responsabilidades seriamente y, reconozcan el deber de crear, tanto como pueda, una novela singular y unificada [...].⁵

Es un enfoque que defiende la premisa de que el derecho se desarrolla con base en las decisiones, sobre todo de los jueces o tribunales constitucionales, en el sentido de potenciar los valores de la práctica jurídica, cuya vida resulta del respeto de los materiales jurídicos que sean coherentes con la filosofía moral o teoría de la justicia, para lograr dar cuenta del contenido de la Constitución. En otros términos, puede describirse como una forma constructivista de explicar el derecho desde su nuevo entendimiento constitucional.

Recuérdese que en la literatura jurídica de los primeros años al finalizar la guerra, surgió una verdadera crisis en torno al discurso general del derecho que había imperado durante mucho tiempo. Bobbio evoca a Capograssi, quien analizó la fenomenología de un Estado totalitario, así como el estado de indigencia en que se colocaba al individuo tras las grandes transformaciones políticas y morales que se vivieron a raíz del desorden catastrófico de aquella época.⁶

Sin duda, la adoración de la ley positiva constituyó uno de los elementos de reproche del que los propios positivistas se cuestionaron, debido a la influencia que tuvo en el régimen de guerra. La excesiva confianza en el sistema jurídico de corte positivo latía pausada, pero ruidosamente, en las conciencias de muchos juristas de esa corriente. La revuelta contra el formalismo militó como una manifestación de la necesidad de revisar las teorías jurídicas dominantes.

Una de las cuestiones que se revisó fue si se debía abrir camino a formas menos rígidas de interpretación en el estudio del derecho, en las que se incluyeran justificaciones éticas del derecho;

⁵ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 25.

⁶ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007, p. 34.

al igual que se examinó la función que habría de desempeñar la ciencia jurídica en el nuevo escenario de la posguerra. Entre algunas de las preguntas que se supone habrían de dar respuesta a la interpretación y a la ciencia jurídica estaba la que cuestionaba si las leyes fascistas y raciales habían violado algunos principios fundamentales sobre los que se sostenía el Estado liberal, lo que implicó tener que analizar si podían emplearse criterios de valoración sobre el contenido axiológico de algunas normas.

Al mismo tiempo, la vieja discusión entre la obligatoriedad de observar ciertos contenidos y principios del derecho se puso en boga con gran intensidad. El interrogante de si el derecho positivo tenía algunos límites fijados en los principios de justicia comenzó a crecer en la vida académica de los juristas. Los estudios no se hicieron esperar; algunos, sin dudar, ubicaron al positivismo como el responsable del Estado totalitario y de los excesos de la dictadura alemana. Así, hubo quienes abogaron en favor de una teoría institucional o de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, para sostener, como Salvatore Romano, que la esfera en que se sitúa la voluntad normativa de los particulares como un conjunto de instituciones jurídicas diferentes al Estado y previas a él, resuelve el vínculo entre voluntad del Estado y voluntad privada en una relación entre dos ordenamientos distintos.⁷

Con ello, el mito del culto al derecho estatal dio paso a nuevos horizontes de investigación que permitieron comparar y cotejar otro tipo de nociones de las fuertemente arraigadas entre las tradicionales escuelas de derecho; y fue así como el intento por liberarse de ciertas herencias residuales y caducas del positivismo jurídico comenzó a propagarse en la investigación científica.

Entre algunas de las ideas estaba de por medio la de reivindicar el poder cuasicreativo de los jueces en la integración normativa. Los juicios de valor en la actividad interpretativa tomaron un rumbo inesperado para poner en crisis la añeja concepción de que la aplicación del derecho es una operación meramente lógica. Entonces, la tendencia de los métodos de interpretación, como lo reconoce Bobbio, se dirigió a ampliar los instrumentos hermenéuticos para dar una mayor libertad al intérprete, en vir-

⁷ *Ibidem*, p. 38.

tud de que el canon hermenéutico da pauta para no establecer la función del operador como una actividad de naturaleza aritmética, sino como de apreciación, creación y valoración.

El diseño que se comenzó a desarrollar no buscaba ubicarse como un parche al realismo jurídico frente al tronco reseco del positivismo tradicional, sino desplazar la mirada de los juristas hacia aquellos tópicos en que las normas escritas no bastaban para resolver los problemas. Por ende, se requería de una constante labor de armonización y creación jurídica, cuya nueva convicción requeriría indudablemente del cambio en la mentalidad de los jueces.

El asunto de todo esto radica en que los juristas se dieron cuenta de los problemas generales que las nuevas investigaciones acarrearían; mientras que por otro lado, como dice Bobbio, los filósofos del derecho habían dejado de preocuparse por determinar el problema lingüístico de definir el concepto de derecho, como tarea exclusiva suya. Con esta conjunción, lo importante derivó en que, con las nuevas circunstancias, cayó esa barrera construida entre juristas y filósofos, para preocuparse ambos por una fecunda discusión acerca de los límites de la ciencia jurídica y de los problemas que atañen a la filosofía del derecho.⁸

2.3. EL CLIMA EPISTEMOLÓGICO EN EL DERECHO

El interés en la ciencia jurídica, como parte de la reflexión filosófica, se abrió camino siguiendo el desarrollo de la epistemología y de la metodología en general, nacida de la filosofía de la ciencia. Por ejemplo, fueron los grandes tratados de la lógica los que dieron el sustento epistemológico al positivismo jurídico.

La filosofía del derecho ha sido entendida como filosofía aplicada, en la medida en que propone soluciones a problemas generales que tienen cabida en hechos particulares, además de analizar y establecer una serie de principios guía que permiten reflexionar los problemas alrededor del derecho y la justicia. Sin embargo, en muchas ocasiones se ha entendido a la filoso-

⁸ *Ibidem*, p. 41.

fía jurídica como una subclasificación de la filosofía en general, de modo que se han tomado como base sus modelos para la reflexión del derecho desde distintas corrientes, como la positivista, la neokantiana, la neohegeliana, la fenomenológica, etc.⁹ En palabras de Bobbio, “el filósofo del derecho se convierte de este modo en un colega menor del filósofo; se pone detrás de él y goza de su esplendor; no brilla con luz propia sino con luz refleja”.¹⁰

La concepción de una filosofía general sobre el derecho, dice el autor italiano, presenta un grave inconveniente que consiste en que la aplicación a menudo es una transposición extrínseca, cuando no forzada, de soluciones de un campo al otro, con la consecuencia de que los problemas generales del derecho no son estudiados partiendo desde la experiencia jurídica misma, sino de las soluciones dadas a los problemas aún más generales y en todo caso distintos.¹¹

Hoy en día, la dependencia de la filosofía del derecho con respecto de la filosofía en general quizás no deba influir de tal

⁹ Muchos lo ven como una ventaja porque suponen que con ello se evitan el trabajo de construir nuevos agrupamientos. Así, se pueden clasificar las teorías del derecho y se refuerza la idea de que la filosofía del derecho es solo parte de la filosofía general, de que las soluciones a los problemas generales del derecho se deben buscar no en la observación de la experiencia jurídica, sino en las obras de los filósofos. Esto produce habitualmente consecuencias poco recomendables, como desviar la atención de investigaciones difícilmente clasificables en esta o aquella corriente; o forzar su interpretación de manera que a cada libro de filosofía del derecho pueda serle adherida una de las cinco o seis etiquetas autorizadas; y lo que es peor, dice Bobbio, poner en primer plano —al exponer una teoría del derecho o de la justicia— la referencia que el autor hace a esta o aquella corriente filosófica de la que se profesa seguidor (que tiene a menudo un valor meramente ornamental), olvidando lo esencial, la investigación efectiva y las nuevas soluciones ofrecidas. *Ibidem*, p. 52.

¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹¹ El filósofo italiano nos recuerda cómo en el inicio de sus estudios, Kelsen coqueteó con el neokantismo, al grado que le indujo a considerar el *sollen* como una categoría trascendental del comportamiento humano, en lugar de definirlo como un sencillo verbo modal de las proporciones normativas, lo cual lo mantuvo prisionero por diversas dificultades, incluso hasta en sus últimas obras. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 93 y 94.

manera que exista una perfecta correspondencia entre ambas a causa de la historia de la filosofía de la ciencia, sino comenzar por una senda distinta, más elástica, que permita hablar de problemas específicos con tratamientos particulares sobre acontecimientos del fenómeno jurídico.

Cierto es que desde antaño se sigue una vieja tradición filosófica en que se divide a la filosofía jurídica como deontológica (el derecho que debe ser); ontológica (el derecho que es), y fenomenológica (la evolución del derecho). Sin embargo, un nuevo enfoque del derecho —en el que se reconoce la existencia de valores que paulatinamente evolucionan y dan contenido al fenómeno jurídico— ha permitido hermanar la teoría de la justicia posrawlsiana con la teoría jurídica, a la par que se examina la relación entre derecho y sociedad, sin que por ello se pretenda, como sucedía antes, que la filosofía jurídica sea una concepción global del mundo en la que el filósofo resuelve todos los problemas mediante una noción filosófica particular, ya que ahora se tiende a desmonopolizar el área de la que puede ocuparse la filosofía del derecho, de tal forma que no se pretenda absolutizar las categorías explicativas sobre el derecho bajo una misma noción.

La historia de la ciencia muestra que las explicaciones de la verdad o de la realidad fueron legitimadas por la comunidad científica, en la medida en que respondieron a pautas universales como la neutralidad, la unidad y la objetividad; sin embargo, producto de algunas contingencias y críticas, se plantearon modos distintos de construir el saber.

Así, se desplazaron y transformaron los discursos explicativos y su forma de adquirir eficacia frente a los criterios de verdad, y de ahí se abrió la oportunidad de que el saber se reconociera en otros campos que no necesariamente se ajustaran a los valores universales. Ese paso cognitivo eventualmente dio pauta para que el conocimiento se moviera en diferentes canales.

Actualmente existen análisis que sostienen que las transformaciones del saber y del conocimiento han llevado a cabo todo un trabajo de causalidad y explicación que no se gobierna necesariamente por conceptos desarrollados por el empirismo lógico. La epistemología ha atravesado distintas etapas que vienen desde Aristóteles, en su obra *Segundos analíticos*, o la dialéctica hege-

liana, pasando por el Círculo de Viena en la etapa del empirismo lógico, el entendimiento cartesiano, el idealismo de Berkeley y el cognitivismo genético de Piaget, siguiendo con la filología impulsada por Wittgenstein, hasta el relativismo kuhniano y el constructivismo de Habermas, entre otros.

Popper asevera que no es necesario pedir a la ciencia ninguna certidumbre definitiva. Incluso, el epistemólogo cuestionó que el método científico fuese garantía de racionalidad epistémica, al explicar que en un periodo histórico caracterizado por cierto escepticismo hubo metodólogos que creían en la existencia de un método, no para encontrar una teoría verdadera, sino para averiguar si una hipótesis era probablemente verdadera, es decir, que la tesis tuviera un grado de averiguable.¹²

Con el análisis de lenguaje se abrió otra etapa de reflexión: la realidad es construida de la mano de las interpretaciones de las personas. Por tanto, su permanencia no está asegurada, es producto de la dinámica cambiante, azarosa y polisémica del discurso. “El esfuerzo por racionalizar lo irracional requiere de un diálogo con la naturaleza”,¹³ afirmaba Prigogine. En tal virtud, las cosas cambian cuando en las variantes explicativas el lenguaje se arroja elegantemente frente al discurso científico y asevera que la verdad es histórica y es una construcción lingüística.

Wittgenstein, referente obligado del análisis del lenguaje, en su etapa pragmatista defendió que la realidad es una construcción lingüística: las personas nominan al mundo, lo distinguen de lo demás; a través del lenguaje se nombran, se determinan y se construyen verdades.¹⁴ Para ello, el léxico se comparte, es decir, las personas hablan de lo mismo y explican lo mismo. Habermas indica que solo puede atribuirse un predicado a un objeto si cualquiera que pueda entrar en discusión le atribuyese el mismo predicado a ese objeto. La verdad de una proposición, señala el

¹² Popper, Karl, *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la lógica de la investigación científica*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 45 y 46.

¹³ Prigogine, Ilya, *El fin de la certidumbre*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1996, p. 167.

¹⁴ Véase Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica, 2008.

profesor de Frankfurt, significa la promesa de alcanzar un consenso racional de lo dicho.¹⁵

Con Rorty, igualmente se puede aseverar que la verdad es una construcción lingüística, al ser una propiedad de los enunciados, los cuales dependen de los léxicos que son elaborados por los seres humanos.¹⁶ De acuerdo con esto, las personas conocen el mundo cuando dialogan con él, con sus certezas y sus probabilidades a partir de un discurso racional. El diálogo que se establezca no solo permite construir la verdad, sino también crear un sentido ético de la relación del ser humano con el mundo y sus alrededores. Ya lo decía Gadamer: “el modo de ser de una cosa, se nos revela hablando con ella”.¹⁷

Entonces, la verdad desde esa óptica se busca mediante la interpelación, la pregunta y la respuesta constante, el diálogo, la razón y el consenso. Los movimientos del intérprete son tan importantes que de ello depende la comprensión del mundo y de la verdad, entendiendo esta como aquello sobre lo que estamos de acuerdo.

De igual modo, cabe mencionar que las ideas muchas veces no tienen una continuidad lineal, sino que en ocasiones, diría Foucault, se cruzan o superponen unas con otras.¹⁸ Por eso, para tomar distancia de los conceptos dominantes, es necesario que exista un vocabulario de identidad que disocie y defina las nuevas etapas de construcción del conocimiento, por lo que debe recordarse que, en ocasiones, las verdades señaladas como certezas en la naturaleza han enmascarado otras realidades posibles, al ceñirse obsesivamente a normalizar un discurso de pretensión científica.

Basta con recordar que Foucault señala que la verdad y el poder van de la mano. La verdad se instaura, se impone, se sigue. Lo

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989, p. 121.

¹⁶ Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, p. 41.

¹⁷ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 62.

¹⁸ Foucault, Michel, *La inquietud por la verdad. Escritos sobre la sexualidad y el sujeto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, p. 64.

único que queda a los receptores de la verdad, entendida desde aquella vertiente que postula la certidumbre, es adaptarse a ella. Si la verdad es lo que se descubre de la naturaleza, entonces lo otro, lo ajeno a ella, es todo menos verdad.

2.4. EL LENGUAJE Y EL CONSTRUCTIVISMO

El común denominador para lo anterior es el lenguaje y la comunicación, en la medida en que son las herramientas idóneas de la modernidad para expresar y pensar sobre plataformas conceptuales adoptadas en consenso que se programa a través de la enseñanza-aprendizaje y que condiciona el significado atribuible a cada cosa.

En efecto, la etapa de reflexión del lenguaje también va asociada a la programación del significado, pues es lo que motiva la posibilidad de interpretar cualquier transmisión de ideas comunicativa. En ese sentido, al conocerse el lenguaje determinado de una disciplina se pueden esgrimir argumentos acerca del significado que las palabras tienen en la realidad acotada a ese tipo de conocimiento.

La racionalidad puede disfrazar los deseos de imposición de la única realidad de algunos hombres frente a la realidad de otros. En la hermenéutica, la duda persuade y programa las mentes de otros que a su vez lo harán con otros, produciendo un nuevo mundo que perdurará hasta que se repita el proceso, en cuya orientación comunicativa y programable se abre la posibilidad de construir nuevos planteamientos justificativos del derecho.

Por eso, se comparte con Enrique Cárceles la afirmación de que las teorías jurídicas no describen ni implican lo que algo es intrínsecamente, sino que simplemente, y gracias a la función constitutiva del lenguaje, graban en la mente de los juristas programas comunes que es indispensable conocer para participar en contextos comunicacionales jurídicos, en los que la interpretación marca el rumbo de los nuevos enfoques del conocimiento.¹⁹

¹⁹ Cárceles, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, IJ-UNAM, 2007, p. 24.

En gran medida, como se ha visto, la disputa teórica sobre qué es el derecho radicó fundamentalmente en las dos dimensiones en que regularmente se ha ceñido la discusión acerca de su definición (la *díada teórica tradicional*); como si alguna de las dos proporcionara necesariamente un criterio de verdad y otra no o, al menos, un criterio de verdad contingente y paradigmático.²⁰

Asimismo, la acción de pensar en definir al derecho con regularidad ha respondido al descriptivismo, sin reparar en que toda teoría jurídica como punto de explicación sobre el derecho depende, en todos los casos, de su construcción previa y su posterior incorporación al bagaje cognitivo del sujeto, como adelante se indica.

Si recurriéramos al fenomenalismo, que afirma que no conocemos las cosas como son en sí, sino como nos parecen, se podría establecer, epistemológicamente hablando desde el enfoque kantiano, que en realidad lo importante es cómo se manifiestan las cosas a través de las categorías de conocimiento que construimos.²¹

De esa forma, el material de conocimiento limitado al mundo fenoménico surge cuando se ordena y elabora con arreglo a las formas del entendimiento previamente construido. Ante ello, se cae en la cuenta de que las cosas no son necesariamente objetivas de forma intrínseca, pues la realidad está determinada por la capacidad sensorial y cognitiva de cada persona.

En la práctica sucede que cuando se interpreta el derecho, el académico, jurista, operador jurídico, litigante o estudiante logra poner en juego todo su conocimiento especializado para traducir, desde ese conocimiento, lo que el lenguaje jurídico implica en el contexto de su realidad actual.

De ahí que sea lógico pensar que quien alimenta su intelecto solo con lecturas de filosofía analítica vea al derecho necesariamente como un lenguaje en el que no influye de modo alguno el

²⁰ Desde hace tiempo, Umberto Eco nos decía que “[...] la única verdad consiste en aprender a librarnos de la insana pasión por la verdad [...]” Eco, Umberto, *El nombre de la rosa, palabra en el tiempo*, Madrid, Lumen, 1985, p. 16.

²¹ Kant, Immanuel, *Crítica a la razón pura*, México, Porrúa, 1982, p. XXXVII.

enfoque realista o la dinámica de las teorías de la justicia, cuando de este se busca generar una definición. Son los límites a la realidad hermenéutica, sin orientación comunicativa hacia distintos espacios, lo que les impide interpretar el derecho también desde distintos paradigmas en los cuales fueron formados.

Entonces, el derecho es una construcción que responde a una organización mental personal y colectiva de un constructo social que indispensablemente tiene que corresponder con la programación informativa y cognitiva que se tiene del propio objeto, pero que paulatinamente puede —y debe— también evolucionar en relación con aquellos elementos que, por un lado, parecen incompatibles, pero, por otro, se suceden como necesarios para su explicación.

De lo contrario, al igual que varias de las anteriores afirmaciones, se comparte con Cáceres que lo consecuente sería encontrarnos enmarcados en una explicación absoluta de las cosas, en la que se defiende con ardor como la auténtica o única realidad lo que cada uno conoce, condicionado por una programación previa, como sucede con la legendaria pugna entre iusnaturalistas y positivistas.²²

La intención de defender la auténtica realidad está motivada por la necesidad de las personas de crearse seguridad y estabilidad a través de las explicaciones que se autogeneran. Sin embargo, como se ha visto, la incertidumbre en la explicación científica ha tomado un cariz de importancia, en la medida en que se busca evadir la violencia epistémica que normaliza un discurso como el único posible y, en su lugar, proponer una explicación justificativa del derecho que sea susceptible de refutación, análisis y crítica.

El problema puede superarse cuando se adopta una postura como la defendida en este trabajo en relación con el *constructivismo hermenéutico*, en lugar de indagar numerosas y cada vez más complejas articulaciones y modificaciones *ad hoc* de la teoría defendida, con el afán de eliminar cualquier tipo de conflicto aparente. Esta afirmación queda clara con el siguiente ejemplo:

²² Cáceres, Enrique, *op. cit.*, p. 29.

[...] Si el concepto de regla secundaria de Hart es totalmente distinto al que subyace a la expresión “norma” en Kelsen, ¿qué sentido tiene defender que uno es poseedor del concepto correcto y el otro no? Si Kelsen concibe al derecho como un sistema de normas y Hart de reglas primarias y secundarias, ¿no tiene más sentido de hablar de dos realidades hermenéuticas distintas, en vez de concebirlas como supuestos competidores en busca de un triunfo imposible? Cada teoría constituye una realidad hermenéutica distinta a través de la cual (como si fuera un prisma de cierto color) se obtiene cierta manifestación del nómeno que es la realidad jurídica. Partiendo de que las mismas palabras han tenido en mente de los representantes de diversas posturas teóricas conceptos distintos, se puede entender sus tradicionales conflictos no como una lucha por la explicación verdadera o algo similar, sino como un intento de diálogo entre interlocutores que viven en dimensiones distintas.²³

En tal sentido, una posición *constructivista hermenéutica* es consciente de que la significación del lenguaje puede condicionarse si en la programación de la mente de la persona se delimita la única explicación posible del derecho, al igual que, pendiente de esta problemática, buscará confrontar entonces que la discursividad bajo la cual se construye lo jurídico es una práctica social que necesariamente debe guardar correspondencia con el mundo, sus necesidades y problemas, cuyo análisis no puede escindirse de las aproximaciones éticas que importan a la teoría de la justicia.

En función de lo anterior, cabe recordar que muchos autores parten de la idea de que gracias al pensamiento del segundo Wittgenstein se comenzó a gestar lentamente un nuevo paradigma teórico que afectó al derecho, pues se derivó la discusión de que las reglas jurídicas no solo orientaban la conducta, sino que también creaban cosas. Es de importancia el comentario, pues precisamente en ello se fundan también algunas de las premisas del constructivismo, porque la teoría jurídica es producto de las construcciones mentales generadas a partir del modelo de mundo académico de cada persona.

Todo esto, acompañado siempre de un elemento axiológico, permite entender que el lenguaje y la ética son elementos que

²³ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

confluyen en la construcción del derecho. En efecto, es de importancia prioritaria entender que detrás del constructivismo existe un elemento ético que consiste en la libertad, pues, en todo caso, ¿qué sería de un intelectual sin la libertad de preguntarse acerca de la verdad más allá de las certezas que se ha construido a su alrededor, la libertad intelectual como postura crítica no solo con lo aprehendido, sino también con uno mismo? Así lo describía el filósofo mexicano Octavio Paz como parte de su pensamiento político:

El principio de libertad está ligado con el de la verdad. Yo no soy libre de decir una mentira. Si digo una mentira a sabiendas, no ejerco la libertad, sino la esclavitud [...] Todo el mundo quiere huir de la libertad; muchos, aterrorizados quizá por la falta de congruencia de algunos tiranos que hablan de libertad mientras la violan y otros fascinados. Se quiere substituir a la libertad por el mito totalitario ¡Cómo si eso fuera posible! Los mitos, dice Malraux, no acuden a nuestra razón, sino a nuestra complicidad [...].²⁴

Al igual que Foucault, pero en otro contexto político y cultural, Octavio Paz advertía la necesidad de que el intelectual contara con la libertad necesaria para buscar siempre las formas más adecuadas de conocimiento posibles. Todo ser humano es capaz de escoger, elegir, aceptar o rechazar una postura. Es ahí, en palabras de Paz, donde se ubica que “la libertad es el núcleo de la persona”.²⁵

Además de la libertad intelectual que defendía el filósofo mexicano, también compartía, como se venía diciendo, la noción de que la palabra es una invención en contra del silencio. Así lo expresa claramente en un fragmento poético: “Contra el silencio y el bullicio invento la palabra, la libertad que se inventa y me inventa cada día”.²⁶

En ese contexto, se infiere que para Paz, al igual que para filósofos como Gadamer, Wittgenstein o Habermas, la realidad se

²⁴ Paz, Octavio, *Primeras letras (1931-1943)*, México, Vuelta, 1988, p. 71.

²⁵ Paz, Octavio, *Solo a dos voces*, México, FCE, 1999, p. 178.

²⁶ Esta y otras de las ideas de Paz aquí recopiladas se pueden consultar en Arriola, Juan Federico, *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, México, UNAM, 2008, pp. 1-27.

recrea mediante el lenguaje, pues la palabra es una invención que construye el conocimiento de las cosas y la cual sirve de instrumento para cuestionarlo libremente, sin que por ello Paz confiara ciegamente en la palabra (justamente ahí radicaba la necesidad de cuestionar libremente todo tipo de conocimiento). Sobre la incerteza o corrupción de la palabra, el literato escribió: “No sabemos en dónde empieza el mal, si en las palabras o en las cosas, pero cuando las palabras se corrompen y los significados se vuelven inciertos, el sentido de nuestros actos y de nuestras obras también es inseguro [...]”.²⁷

2.5. LA HERMENÉUTICA Y EL CONSTRUCTIVISMO EN EL DERECHO

En el marco de esos esquemas explicativos, la geografía y el calendario histórico permitieron que el entendimiento de verdades absolutas perdiera vigencia y actualidad, para dar paso a otro tipo de críticas y sistemas explicativos de la realidad, con lo cual queda manifiesto que el interés en la epistemología no es seguir los caminos seguros para validar el conocimiento, sino salirse de ellos y transitar por caminos inexplorados con el afán de proponer otra forma de conocimiento que también sea racional, sin antropomorfizar ni imponer la búsqueda de la verdad.

Es importante recapitular que algunos dividen la historia de la epistemología en dos periodos: el de la filosofía especulativa, caracterizada por la falta de constatación empírica, y el de la filosofía empirista, que responde al supuesto de que el conocimiento es válido cuando se corrobora con la verificación empírica. Sin embargo, el paradigma empirista entró en crisis cuando, desde distintos enfoques, se sostuvo que el sujeto cognoscente juega un papel central en el proceso de construcción del conocimiento, porque no puede hablarse de la realidad cognitiva sin antes tener en cuenta que la realidad descrita por la ciencia es un constructo.

Aquí es donde hay un punto de contacto importante entre el constructivismo y la hermenéutica. En efecto, la dinámica

²⁷ Paz, Octavio, *El arco y la lira*, México, FCE, 1983, p. 29.

hermenéutica es parte de esa forma de pensar, pues con ella se pone de relieve que la teoría es un constructo generado a partir de la incorporación del conocimiento, en el que tiene especial importancia el proceso de transformación que se suscita cuando el sujeto adquiere y construye de forma intersubjetiva ese conocimiento.

La hermenéutica se considera como una teoría del comprender que, de manera general, puede dividirse en dos: la *hermenéutica desde la reflexión filosófica*, que alude a las posibilidades de comprender desde la interpretación, y la *hermenéutica como teoría práctica del método*, que incluye las orientaciones para la recta comprensión e interpretación.

Asimismo, la hermenéutica ve a la interpretación de dos maneras: conforme a la literalidad, que conduce a averiguar el sentido de la expresión, y acorde a que lo importante no es la expresión verbal sino el pensamiento. Lo distintivo de esta breve anotación radica en englobar dentro de la hermenéutica el hecho mismo de que el investigador forma parte del objeto investigado, de modo que el intérprete forma parte de la realidad, pero también decididamente la transforma, al interpretarla y explicarla.

Gadamer considera a la hermenéutica como la clave de nuestro acceso al mundo, pues es el modelo del lenguaje y su forma de realización dialogante lo que hace posible entenderlo. El poder de la lengua sobre los hablantes es tal que en ocasiones una conversación entre dialogantes posee su propia voluntad; en ella se enredan otros hilos de complejo abordaje, sin que necesariamente los intervinientes así lo hayan decidido.

Para Gadamer, el lenguaje realiza preguntas y respuestas al dar y tomar, al argumentar en paralelo y ponerse de acuerdo: se trata de aquella comunicación de sentido, cuya elaboración como arte es la tarea de la hermenéutica frente a la tradición literaria.²⁸ Asimismo, toda conversación presupone un lenguaje común o, mejor dicho, constituye en sí misma un lenguaje común. Como dicen los griegos, algo aparece puesto en medio y los interlocutores participan de ello y se participan entre sí sobre

²⁸ Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 446.

ello. El acuerdo sobre el tema, que debe llegar a producirse en la conversación, significa necesariamente que en esta se elabora un lenguaje común.²⁹

Con esto queda claro que la convicción hermenéutica dispone de la necesidad de que los argumentos fluyan e influyan para determinar consensos y, sobre todo, que los interlocutores se participen a sí mismos dentro de lo que se discute, involucrándose a pesar de sus diferencias. En efecto, un diálogo entre los dialogantes intenta franquear diferencias para tender puentes de comprensión comunes que los unan.

Gadamer no olvida que su maestro Heidegger había hecho alusión al concepto de hermenéutica en una lección magistral en 1923, en la que había descrito una posición existencial de la estructura de las experiencias del siglo xx, donde el lenguaje jugaba un papel muy importante para la filosofía.³⁰ Ambos, sin duda, identificaron que se cambió la matematización de las ciencias que reinó en Europa desde que existía la física del Renacimiento (al igual que la fundamentación cartesiana de la ciencia), a causa de la ruptura que generó el distinguir que la comprensión de las cosas no implicaba necesariamente la percepción directa de los fenómenos.

En su lugar, se planteó la necesidad de guiarse por un diálogo e interpretación del mundo para comprenderlo científica y filosóficamente. Si bien existían modelos epistemológicos que eran útiles para desarraigar aquel viejo modelo positivo de la ciencia, lo cierto es que, al menos para Gadamer, el modelo dialógico presentaba mayores ventajas que otros.

Por ejemplo, el propio Gadamer, por mucho que apreciaba a Niklas Luhmann, no dudó en pensar irónicamente que la teoría de los sistemas tenía algo de carcelario, porque una vez que se está dentro ya no hay manera de salir del sistema; cuando lo que se precisaba era que el hombre se comprendiera con el otro a través de la disposición de dialogar, para entender las cosas de

²⁹ *Ibidem*, p. 447.

³⁰ Véase Heidegger, Martín, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*, Madrid, Alianza, 2000.

forma distinta, sin acotarlas a un sistema, así que resultaba necesario conducir a las personas hasta sus propias preguntas.³¹

Muy similar al concepto de “vuelta” sostenido por Heidegger —en que se recalca la importancia de preguntar—, este, recuerda Vietta, se refiere a ese cambio de paradigma en el pensamiento que Heidegger llevó a cabo poco tiempo después de *Ser y tiempo*; al abandono de un esbozo del ser que estuviese relacionado con la existencia humana y sus logros, para dirigirse a una forma de pensamiento que guarde al ser, que lo rememore y también lo cuestione.³²

En este sentido, la hermenéutica, como adelante se profundiza, se constituye como un enfoque distinto de comprender epistemológicamente el mundo, y puede sin problemas trasladarse al derecho cuando se es consciente de que las formas jurídicas se manifiestan como una experiencia real y viva, propia de la práctica social, a partir de la cual se construye precisamente el mundo de lo jurídico.

En esta tesitura, la hermenéutica fija posibilidades para que, mediante la interpretación, se considere de una forma más global la construcción compleja de lo jurídico y los valores o principios congénitos que le son inmanentes. Con esto se trata también de evitar aquella simple relación lógico-deductiva que tanto se ha predicado del derecho y, a la vez, ha tendido a limitar su comprensión sobre la manera más adecuada de determinar los alcances de una norma en la realidad de un caso.

Además, la comprensión lingüística de los textos jurídicos se da necesariamente mediante la conversación o diálogo del que participan justamente los procesos jurídicos. En efecto, el operador jurídico participa en una relación dialéctica y dialógica con las partes, dado que cada una de ellas propone un planteamiento expreso desde su visión e interés, sobre el cual, el aplicador se pronuncia sopesando todos los elementos que ponen a su alcance. Incluso, en órganos judiciales colegiados, el diálogo también

³¹ Vietta, Silvio, *Hans-Georg Gadamer. Hermenéutica de la Modernidad. Conversaciones*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 49-52.

³² *Ibidem*, p. 55.

se rige por un consenso, pues la decisión que se adopte, luego de ponderar lo planteado por las partes, necesariamente se determina por la mayoría que toma una decisión al respecto.

Es donde el acto de aplicación se erige como el punto estelar del proceso hermenéutico, en la medida en que su relación dialéctica y constructiva permite la comprensión a partir de la interpretación, en virtud de que esta se introduce gracias al contenido de lo que se comprende.³³ Entonces, la hermenéutica desempeña un papel decisivo en el aparato jurisdiccional. Después de que su importancia se vio disminuida a causa del positivismo jurídico, en la actualidad hay quienes sostienen que se actualiza un renacimiento de esta práctica interpretativa del derecho con sus límites temporales concretos.

Con esta posición, el horizonte interpretativo se define a través del ejercicio hermenéutico cuando se advierte que un texto no tiene una estación terminal, sino que es una puerta de acceso que comunica a otra época, según la lectura del sujeto que ahora vive en otro momento histórico, y la significación que le da depende necesariamente del contexto que lo rodea, del que conoce. Es así como el objeto textual se convierte en un auténtico medio o mensaje de información que pasa por el filtro del intérprete, quien establece un diálogo entre preguntas y respuestas.

El enfoque hermenéutico busca la comprensión de los textos; es la única forma de penetrar e identificar los signos a través de la experiencia intelectual. En ese proceso, la prudencia y el contexto del intérprete son sumamente significativos, porque este debe sortear distintos factores como la propia naturaleza del lenguaje —cuya polisemia implica que las palabras no tengan un significado fijo, sino múltiple, y que depende siempre de la confluencia de innumerables ríos semánticos—, sin dejar de tener en cuenta que su función no puede desligarse del entendimiento cultural de cada contexto y la constante modificación de esa atmosfera cultural en movimiento variable. En otras palabras, el intérprete tiende a analizar desde un marco de referencia, lo que se traduce en un viaje cuya justificación casi siempre es difícil enunciar con palabras, hasta que se cuenta con su resultado creativo y variable.

³³ Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 379.

Por tanto, es importante ver cómo el producto de la hermenéutica puede ser también innovador, porque con una nueva lectura es posible cambiar el rumbo atmosférico de comprensión histórica sobre determinados fenómenos. Allí radica su riqueza: no ofrece criterios estáticos de verdad, sino de construcciones variables, flexibles y sujetas siempre a la crítica y renovación en el derecho.

Entonces, si se observa con detenimiento la interacción del fenómeno jurídico en que se involucran los operadores jurídicos, se puede advertir que las teorías generales del derecho constituyen esquemas cognitivos o constructos que determinan la forma en que la información proveniente de las teorías dogmáticas, de la jurisprudencia o del derecho legislado, pueden ser procesadas al momento de afrontar un problema jurídico real y concreto.

Lo fundamental es tener en cuenta que la lectura de un texto no se hace en el vacío ni en lo puramente formal, sino a través de muchas precomprensiones, prejuicios, expectativas y propósitos que se generan con participación del lector e intérprete, el cual no puede desanclarse de un momento y situación histórica específica.

Con esto se genera precisamente la posibilidad de hablar del derecho desde una concepción hermenéutica y constructivista, en la que su explicación vaya de la mano del lenguaje jurídico, de su interpretación y de las formas en que se establece el diálogo comprensivo en el mundo del derecho, en virtud de que la teoría jurídica se constituye desde una realidad hermenéutica, cuya evolución implica un proceso dialéctico con los distintos esquemas o planteamientos de otras teorías.

De ahí que exista una realidad hermenéutica jurídica, ya que el conocimiento se constituye de determinada manera, según las circunstancias de cada persona y de conformidad con las adaptaciones o connotaciones contextuales que se le proporcionen o impongan ante las reglas que imperan en cada disciplina.

El contexto circunstancial es el condicionamiento que determina en la mente lo que es real y cómo esa realidad se construye. Así, la realidad hermenéutica es un fenómeno puramente mental construido a partir del lenguaje, como el derecho mismo, que se determina a partir de enunciados normativos.

Es crucial que el conocimiento sea entendido desde la realidad hermenéutica, porque de esa forma, en la mayoría de los casos, la referencia de las teorías viene como una autogeneración del saber, gracias a que alguien ha transmitido información acerca de esas teorías a otra persona, que se forma una opinión cognitiva producto de lo que interiorizó de ese conocimiento y que ahora interpreta, pero también construye y transforma.

Es en este proceso donde cobra vida la hermenéutica: al asomarse a las formas jurídicas usando las gafas que cada intérprete debe ponerse para ver las explicaciones del derecho en sus distintas dimensiones y contextos. Si bien es posible quitarse esas gafas después de resuelto un problema, ello no impide que las teorías que se confrontan ante esa problemática puedan también verse con sentido crítico para cuestionar si hay una única forma posible de entender el mundo jurídico.

En última instancia, es un esfuerzo por sostener que las teorías jurídicas generan realidades hermenéuticas igualmente válidas en relación con otros puntos teóricos, ya que pueden coexistir entre distintos modelos de realidad jurídica, porque ninguna de ellas puede ser declarada correcta o incorrecta, verdadera o falsa, mejor ni peor, dada la ausencia de parámetros claros y objetivos conforme a los cuales se determinen esas declaraciones, a diferencia de lo que ocurre con otras teorías pertenecientes a diversas disciplinas científicas.³⁴

Esta condición puede advertirse con mayor detenimiento en la aplicación del derecho. La finalidad principal de las normas jurídicas es, al igual que para los principios, la de crear elementos que se reflejen en el ordenamiento jurídico, lo cual sucede cuando se aplican tales disposiciones en concreto, y es justo ahí donde la vida hermenéutica adquiere vigencia. En efecto, en la aplicación de la norma o el principio, el derecho toma forma, se constituye, construye y transforma. Además, es el momento exacto en que la persona aprecia con mayor cercanía lo que el derecho le dice en su mundo. Desde el constitutivismo jurídico, esto podría verse claramente en el siguiente texto:

³⁴ Cáceres, Enrique, *op. cit.*, p. 202.

[...] El derecho, desde este punto de vista, no es sino una institución más que hace posible que ciertos hechos institucionales puedan acontecer. De la misma manera que el hecho de que el señor Martínez se case con la señorita García es posible solo si existe la institución del matrimonio, el hecho de que el señor Jiménez sea condenado al pago de gastos y costas judiciales a favor de su contraparte el señor Ruiz, solo es posible si existe la institución del derecho [...].³⁵

Son las reglas, normas o principios los que crean o constituyen realidades de su aplicación en la vida de las personas, por lo que la vida de este mundo jurídico no es independiente de sus creadores, sino que están enteramente imbricados con su proceso de realización e interpretación. El derecho, en ese sentido, es finalmente un producto humano, no de la naturaleza ni de la divinidad.

2.6. EL CONSTRUCTIVISMO HERMENÉUTICO EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Todo lo anterior se explica con la finalidad de sostener que el derecho es un modelo de realidad apoyado en la hermenéutica, porque para participar en cualquier contexto jurídico es necesario guiarse por un lenguaje aplicable, a partir del cual el operador y los intervinientes se involucren en un diálogo mutuo que defina los alcances conceptuales de cada situación, en el que esté latente lo que regula y, cognitivamente, se programe con ello el derecho en los demás; logrando que dos mundos teóricos diferentes y aparentemente inaccesibles entre sí compartan elementos para epistemológicamente alcanzar un objetivo común, explicar la realidad del derecho y hacerla visible en su aplicación.

De esa forma se rompe el viejo esquema del positivismo lógico incompatible con todo tipo de juicio ético, en el que el derecho está constituido solo por proposiciones descriptivas, en la medida en que el lenguaje está formado por oraciones que pueden ser verdaderas o falsas. Es decir que la perfección lógica solo se alcanza al momento de declarar algo verdadero, para, en su

³⁵ *Ibidem*, p. 193.

lugar, darse cuenta de que la realidad del mundo se construye a partir del lenguaje que las personas determinan y cuyo significado depende, en gran medida, del contexto en el que se utiliza.

Esa forma de ver el derecho evita entenderlo como un fenómeno estático que sirve para la conservación del *statu quo*, para verlo como una manera de lograr la transformación social, sabiendo que se trata de un fenómeno dinámico de la historia que no solo se compone de normas, sino también de hechos sociales y de valores que se constituyen en la práctica social para orientar la conducta humana.

Además, con el constructivismo, como modelo epistemológico del derecho, los procedimientos argumentativos consolidan nuevos rumbos de orientación y justificación del cambio social desde una dimensión racional de las decisiones jurídicas que sirven para promover y proteger en mayor medida los principios de justicia que rigen necesariamente el derecho.

Esta noción no pretende ser omnicompreensiva, ya que intenta deslindarse de cualquier tipo de posición hegemónica, como las marcadas por el iusnaturalismo o el positivismo jurídico,³⁶ por eso, la opción epistemológica defendida no es ostensible, sino que requiere de su análisis casuístico para verificar cómo en distintos contextos puede construirse el derecho con la —única— intención de buscar su uniformidad, coherencia y compatibilidad con aproximaciones a las distintas teorías de la justicia.

Por otro lado, esa forma de entender el derecho se diferencia de la teoría tridimensional, porque aun cuando reconoce que el fenómeno jurídico se conforma por hechos, valores y normas, no deja de observar que estos tres elementos dialécticamente correlacionados no solo dependen de su existencia para plasmarse en la significación jurídica, sino que también la delimitación de sus alcances y la ductilidad de su determinación están enmarcadas en el contexto interpretativo que la hace visible.

Va más allá de un normativismo jurídico integrador, para intentar justificarse en un proceso argumentativo libre, racional,

³⁶ Cárdenas, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2015, p. 8.

plural, igualitario, abierto y elástico, y plantear y relativizar la escala de valores en cada caso cuando así sea necesario; entendiendo que en muchos niveles, en especial en el derecho constitucional, existe controversia interpretativa a causa de los acuerdos incompletamente teorizados, a los que se refiere Cass Sunstein.

La interpretación como vehículo constructivo del derecho se asocia no solo a los valores, normas y hechos, ya que esta requiere de un contexto determinado, una historia común y personal de los que participan en ese proceso, así como de una transformación de lo que se interpreta acorde con varias pautas definidas por el círculo hermenéutico.

Solo de esta forma se satisfacen de manera idónea los valores epistémicos, como una mejor cobertura explicativa del fenómeno jurídico y su evolución, así como una sencillez expositiva en la que no se excluyan elementos tan imbricados en el discurso jurídico, como la moral; con lo cual también se busca una mayor coherencia entre lo que es jurídico y su construcción, a la luz de las teorías de la justicia.

Es una especie de hermenéutica incluyente³⁷ en la que no cabe la existencia empírica defendida por el positivismo científico, ni tampoco la mera especificidad de las interpretaciones, tomando en cuenta que ambos coexisten en una relación recíproca, es decir, los hechos o fenómenos jurídicos a la par de las interpretaciones, respaldadas por un ideal regulativo, que es la justicia racional.

Incluso en el modelo propuesto por Beuchot, de una hermenéutica analógica en el derecho, el filósofo sugiere tener como fundamento la prudencia y equidad como elementos de justicia. Asimismo, defiende que el derecho no es ajeno a la hermenéutica porque desde siempre ha tenido que interpretarse.

³⁷ Beuchot indica que desde la hermenéutica analógica que él defiende hay hechos interpretados, de modo que existen las dos cosas, los hechos y las interpretaciones que se hacen sobre ellos, sin desechar ni a unos ni a otros, por lo que se requiere de una hermenéutica incluyente. Beuchot, Mauricio, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*, México, FCE, 2016, pp. 9-11.

Al caso, Beuchot destaca, entre otros, a los juristas del nuevo milenio: Antonio Labeón y Ateyo Capitón, quienes usaban la interpretación en la administración de justicia. Ellos procuraban evadir el problema de la univocidad de los pontífices absolutistas, al tiempo que sorteaban las cuestiones de la equívocidad de muchos retóricos que rayaban en el relativismo. Incluye a Justiniano como un hermeneuta que hizo un trabajo interpretativo notable en *Digesto* —o *Pandectas*— y en *Instituciones*, hasta llegar a Dworkin, quien es de los connotados cultivadores del renacimiento de la hermenéutica, tras su decadencia a causa del positivismo jurídico.

En su concepto, el positivismo lógico buscó fundarse en una hermenéutica unívoca, para llevar al derecho a una formalización ideal, sin embargo, la rigurosidad de sus axiomas fueron rebasados por la ambigüedad o vaguedad latente en los enunciados jurídicos, por lo que su propuesta es que frente a estas cuestiones, la hermenéutica analógica, que designa los significados que son iguales y que distingue estos de los que no lo son, es una forma de superar la equívocidad significativa sin reducir la univocidad. No obstante, al menos ayuda a colmar las lagunas de los textos jurídicos con la mirada puesta en la intención del legislador que el intérprete puede obtener en cierto grado satisfactorio.³⁸

Más allá de que la hermenéutica analógica no logra posicionar las cuestiones éticas como elementos necesarios en el derecho ni sostener un debate más afinado sobre su relación con las teorías de la justicia,³⁹ en lo que se puede estar de acuerdo con el autor

³⁸ *Ibidem*, pp. 101-112.

³⁹ Luego de que Beuchot cita una reflexión de Norberto Bobbio, sostiene que la analogía tiene como finalidad realizar la justicia y expone en cierto modo que la primera supone que si algo vale para un caso, puede valer en otro. Si bien, con esto último puede entenderse que el filósofo se refiere a cierta forma de concreción del principio de universalidad kantiano, lo cierto es que la filosofía política contemporánea no reduce la justicia a la reflexión de ese principio solamente. Además, el hecho de que la analogía busque como finalidad lograr la justicia y con ello equilibrar o armonizar, tampoco permite profundizar en las distintas formas y problemáticas para hacerlo, sino que su argumento es autorreferente, como si el uso de la analogía por sí sola diera siempre un resultado justo, sin reparar en muchos otros problemas, principios, teorías... En conclusión, pareciera que la propuesta se queda en una mera *regla de justicia formal*, como la planteada por Perelman;

es en que esta forma de aproximación está dentro del proceso de interpretación, el cual es claramente visible en la administración de justicia.

Para Francesco Viola —referencia obligada en la hermenéutica jurídica—, el derecho se presenta como la existencia de regímenes jurídicos muy diferentes entre sí, pero comunicantes y porosos. El derecho en la actualidad no es un orden realizado de antemano, sino un orden que se hace y rehace incesantemente. Los criterios de juridicidad, explica, se extraen de múltiples factores, en los que existe un carácter móvil y elástico de la jerarquía de las fuentes, además de la propia participación de los destinatarios de las normas jurídicas en su formación.

En ese sentido, defiende que el concepto de sistema jurídico ya no se entiende solo como los mandatos de la autoridad política, sino también como las doctrinas, los conceptos elaborados por los juristas, las interpretaciones y, en especial, como las decisiones de los jueces, razón por la cual el derecho es una práctica social que posee guías propias para su sistematización y valoración, en donde los derechos humanos son la comunicación intercultural de formas jurídicas de vida que han dado buena prueba de sí, consolidándose en instituciones jurídicas pero, sobre todo, en *prácticas interpretativas y argumentativas* que se ponen en práctica y pueden comunicarse a otras partes del mundo.

Viola también considera que el paso de la norma general abstracta al caso concreto supone una recuperación de la especificidad del derecho en relación con la política. Por eso considera que si la política mira a la justicia de las instituciones o de la sociedad en general, el derecho debe responder a la exigencia de justicia que proviene del caso concreto. Así, el derecho no contempla directamente a una sociedad justa, sino a lo justo en concreto, a la acción justa, a la relación justa donde en última instancia se encuentra el respeto a la dignidad de la persona.⁴⁰

sin reparar en que hay otros elementos sustantivos de importancia, para hablar de justicia en el derecho. *Ibidem*, pp. 109-111.

⁴⁰ Véase Viola, Francesco, “Il futuro del diritto”, en *Lectio magistralis di comitato*, Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Palermo, 26 noviembre 2012, pp. 1-19.

Atienza ha ubicado el pensamiento de Viola dentro del neo-constitucionalismo de tipo iusnaturalista que define Vigo, lo cual tiene acierto, en la medida en que el primero sostiene que la ley constitucional también tiene algo de natural, y en el sentido de que hay formas intepretativas en ella que son comunes a la humanidad. Es importante tener en cuenta que para Viola, la determinación última de las reglas jurídicas se ve desde un *doble punto de vista*: el primero, el del espacio jurídico que delimita la pluralidad de ordenamientos jurídicos interesados, y el segundo, del orden jurídico particular, es decir, el del lugar en el que se concreta el derecho, pues en este último radica la configuración del ordenamiento, es producto de la obra conjunta de legisladores, jueces y juristas.

Esto, dicho sea de paso, no está muy alejado de lo que defien- de Manuel Atienza, quien finalmente ha planteado que la mayor atención de la teoría de la argumentación jurídica está en los casos difíciles, esto es, en el orden jurídico particular del que habla Viola.

Con la mundialización de la función judicial resulta cada vez más frecuente la defensa de que el derecho tiene su mayor grado de práctica en el caso concreto. Hay quienes aceptan, dice Alejandro Nieto, que el derecho que realmente se practica se limita exclusivamente al derecho declarado por los jueces; aunque bien reconoce que también se configura a partir de normas jurídicas, dado que esa es la única forma en que este se puede percibir, sus elementos aparecen irremediabilmente unidos y ninguno tiene sentido por sí mismo si es considerado de forma aislada.⁴¹

⁴¹ Muy parecido a lo indicado por Nieto acerca de que el derecho es visible hasta que puede concretarse el contenido de una norma en la realidad a través de la voz del juez, lo sostenía Calamandrei, al indicar lo siguiente: “[...] El derecho, mientras nadie lo perturba o contrasta, resulta invisible e impalpable, como el aire que respiramos; inadvertido como la salud, cuyo valor se conoce cuando nos damos cuenta de haberla perdido. Pero cuando el derecho es amenazado o violado, descendiendo entonces del mundo astral en que reposaba en forma de hipótesis al de los sentidos, se encarna en el juez y se convierte en expresión concreta de voluntad operante a través de su palabra. El juez es el derecho hecho hombre; solo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; solo si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana [...]” Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, México, Tribunal, 1995, p. 7.

Una razón jurídica, en opinión de Nieto, va de la mano de un aparato intelectual que permita comprender el derecho para mejorar sus normas y su práctica. En ese sentido, si bien cada época histórica tiene su concepción sobre el derecho, cada modelo tiene su referente y en la actualidad impera aquel basado en la realidad de lo que se decide sobre los contenidos del derecho, ya que las leyes por sí mismas no son nada debido a que pueden limitarse a regular supuestos que quizás nunca sucedan en el futuro.⁴²

El autor reconoce que una noción de ese calado exige magnificar la trascendencia de los juristas no solo como intérpretes y aplicadores de las normas, sino también como colaboradores en la formación del ordenamiento jurídico. Además, Nieto precisa que la función del derecho también es importante, siempre que se tenga en cuenta que esta cambia según lo que la sociedad espera de este,⁴³ por lo que la realidad es una pieza necesaria en la comprensión del derecho, sin que pueda ya aludirse a una exaltación del derecho puro, ya que perdería contacto con la realidad. Lo jurídico no puede vivir aisladamente para no tener que padecer los contrastes o verificaciones externas, por eso, es necesario superar la tendencial actitud de no prestar atención a las críticas que proceden de la realidad.⁴⁴

Con esto se puede ver que la filosofía del derecho se ha caracterizado por difundir distintas orientaciones de pensamiento con las que se articulan e intentan mejorar los estudios acerca del derecho y del trabajo cotidiano de los intérpretes, entre lo cual no dejan de figurar por supuesto las pretensiones de justicia que la sociedad exige a sus jueces.

⁴² Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 10-12.

⁴³ La filosofía del derecho en la cultura occidental ha sido vista desde distintos enfoques: como voluntad de Dios (antiguo testamento); como participación en la idea de justicia (Platón); como expresión de las leyes de la naturaleza humana (estoicos); como orden y paz social (san Agustín); como espejo del orden divino del mundo (escolásticos); como hecho histórico (humanistas); como normas positivas (a partir de Bodin); como mandato del soberano (Hobbes y Austin); como fundamento de la Constitución (Locke); como expresión de la razón pura (Spinoza); como expresión del espíritu (Hegel); como ideología de clase y, en la lista de agregados, como argumentación (Atienza y Alexy). *Ibidem*, pp. 13-16.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 28-30.

2.7. EL GIRO ARGUMENTATIVO EN LA TEORÍA JURÍDICA CONSTRUCTIVISTA

El modelo planteado es compatible con el constitucionalismo, dentro del que se encuentra una convicción de que es necesario tomar la teoría de la argumentación jurídica como elemento de racionalidad y transparencia de las decisiones jurídicas. Además, este enfoque se sostiene en la idea de que los principios constitucionales y los derechos son un puente de conexión necesaria entre el derecho y la moral, abandonándose por completo la idea de que el derecho equivale solo a la norma del legislador, sin algún tipo de filtro axiológico.

Concebir a la Constitución como eje rector de todo el esquema jurídico implica poner mucha atención en los procedimientos de interpretación constitucional, porque su efecto de irradiación exige tomar en cuenta complejos elementos al momento de decidir, como son los principios de justicia, la renovación de la teoría de la validez jurídica, los límites o restricciones de los derechos humanos, la eficacia de las normas, su contenido, estructura y funcionalidad, etcétera.

Así se ve al derecho en movimiento y funcionando al interior de la sociedad, con un enfoque ético, real y dialéctico. La vía constructivista es, por tanto, una manera de acercarse a lo que se entiende por derecho desde una concepción argumentativa, con la que se pueden identificar los componentes o piezas del derecho (normas y principios) desde la interpretación, cómo funcionan tales componentes y la renovación de sus esquemas de validez, y también justificar lo jurídico desde objetivos valorativos o éticos que tiendan necesariamente a mejorar las condiciones de las personas para las cuales está destinado.

Acorde con lo anterior, se pueden considerar los problemas jurídicos en relación con el contexto social, económico, cultural y político de cada época y lugar; hacer partícipes a todos en la discusión del derecho desde cualquier tipo de corriente o posición teórica y procurar que el derecho no sea visto solo en lo abstracto, sino también en lo pragmático, donde se refleje su instrumentación y sustantividad en la solución de los conflictos de la humanidad.

Con ello también se podrá entender en la dimensión científica que la verdad en el derecho no siempre corresponde a una sola realidad de los enunciados fácticos, pues esa verdad dependerá en todo momento del diálogo y consenso entre los operados jurídicos e intervinientes del proceso dialéctico, porque, citando a Atienza, “se aprende a argumentar el derecho argumentándolo”,⁴⁵ y es así como se van construyendo nuevas realidades con el derecho.

De esta manera, el derecho da un estatus prioritario a los principios constitucionales como carácter necesario para entender la estructura del sistema jurídico y hacerlo funcionar, al igual que pretende considerar al derecho como una práctica social que no se reduce a esquemas normativos.

Sin práctica social no tendría caso elaborar normas, es decir, para que estas estén inmersas dentro del fenómeno jurídico, es necesario que como cuestión previa existan los hechos a partir de los cuales se genere su previsión, pues pensar lo contrario sería tanto como pretender que la creación de una norma surja de un evento futuro e incierto que nunca ha ocurrido, con la consecuente idea de que, por alguna extraña razón, se piense que es necesario regular algo que se desconoce, suposición que, además de contradictoria, revela justamente la necesidad de comprender al derecho antes como una práctica social que como una compleja estructura de normas.

Esta idea bien puede sustentarse en la explicación de Guastini cuando sostiene que el proceso interpretativo se aplica a un enunciado y deviene en norma, de manera que esta no precede al proceso interpretativo como dato, sino que le sigue como producto,⁴⁶ ya que, de modo similar a lo referido, lo que está detrás de la afirmación es que para consolidar un producto normativo como práctica social, esta depende necesariamente del antecedente fáctico que le dio origen.

Así, es posible comprender que el derecho requiere de interpretación, como un proceso racional, plural, dialógico y ético

⁴⁵ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 57.

⁴⁶ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 29-32.

en el que la jurisdicción juega un papel singular para delimitar el contenido de los principios y las normas, y en cuya realización siempre está presente la razón práctica como condición de evaluación de la conducta humana a la luz del contenido moral o pretensión de justicia; ante la necesidad ya no solo de ajustar los hechos a lo dispuesto por la norma legal, sino también de lograr justificar racionalmente las decisiones frente a una sociedad participativa, democrática e informada, ya que, como dice Nino, se requiere de procedimientos democráticos congruentes con los fines del propio sistema.⁴⁷

Ciertamente, la racionalidad del esquema interpretativo, como se verá, exige regirse por distintos principios, como la coherencia o la universalidad, cuya delimitación envuelve sus propias problemáticas, pero que surgen con la necesidad de otorgar a las decisiones un contexto racional de justificación desde la moral crítica, lo cual permite ver al derecho con un enfoque dinámico, plural e histórico de las distintas realidades que una sociedad puede vivir y experimentar.

De hecho, Häberle ha identificado al derecho como una cultura, porque lo hace depender no solo del tiempo o época histórica que atraviesa, sino también de los complejos procesos de permanente transformación y adaptación, a los cuales se encuentra expuesto para ajustarse en cada sociedad.⁴⁸

En el proceso de argumentación, todos esos elementos se reúnen y tienden paulatinamente a construir, definir, delimitar o regular nuevos ápices de realidad, nuevas formas de entender la dinámica social y nuevos contextos de transformación humana. De ahí que el derecho sea multifuncional, ya que no solo sirve para un propósito único: su complejidad en la modernidad permite que abarque diversas finalidades, como el control social, la transformación y la nivelación, siempre que estos sean una expresión consensual, plural y racional entre los dialogantes.

⁴⁷ Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 16-18.

⁴⁸ Véase Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.

Así lo comprende Perelman al decir que la argumentación trata de alcanzar una de las alternativas posibles, proponiendo y justificando su jerarquía, para lograr racionalizar una decisión, de manera tal que el fanatismo y el escepticismo no desempeñen un papel en las decisiones y, en lugar de la violencia que puedan generar esas posiciones, se busque un compromiso dialógico al respecto.⁴⁹

La relación más visible de estos elementos se encuentra en la jurisprudencia. La interpretación de los textos, que anteriormente se pensaba limitada a declarar el derecho legal, hoy apunta hacia una verdadera transformación que implica entender que esa actividad supone necesariamente una interiorización e interlocución del intérprete con el texto, el lenguaje, sus posibles significados, contextos y consecuencias.

En la hermenéutica gadameriana se sostiene que cuando se lee un texto se ocasiona siempre una apropiación productiva desde el presente del intérprete. En contra de la objetividad, Gadamer señala que interpretar es siempre un acto de apropiación. En toda lectura tiene lugar una aplicación, y el que lee un texto se encuentra también dentro del mismo conforme al sentido que percibe: él mismo pertenece también al texto que entiende.⁵⁰ Así, la comprensión es una forma de efecto y se sabe a sí misma como efectual,⁵¹ por lo que entender es una forma de apropiación bajo la estructura condicionante de prejuicios y nociones que el sujeto que comprende tiende a poner frente a lo que quiere entender.

En ese tenor puede decirse que la hermenéutica jurídica no se circunscribe a repetir lo que dijo un interlocutor ni a expresar la literalidad de un texto jurídico, pues su cometido está en actualizar o reconstruir lo que se ha dicho al respecto. El reconocimiento del nuevo enfoque está determinado por la situación dialógica en la que se está inmerso, y es con base en ello que el operador jurídico emprende su labor creativa, sin desarraigarse de la historicidad que lo rodea respecto a lo que interpreta, para

⁴⁹ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2000, p. 116.

⁵⁰ Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.*, pp. 413 y 414.

⁵¹ *Idem.*

fusionar los horizontes temporales que están imbricados y entender lo presente de conformidad con lo pasado.

Con ello, se deja de entender al derecho como una simple fórmula lógica y se pretende recoger, de una pluralidad de sentidos a través del proceso dialéctico, la adjudicación de sentido a los conceptos jurídicos. Este proceso dialéctico genera una relación circular entre la norma o principio y el intérprete, pues es el lugar donde texto e intérprete se aproximan a un horizonte de fusión que hará que cada vez que vuelvan a entrar en juego se reinterpreten a sí mismos en un círculo hermenéutico.⁵²

Por ello, en la jurisprudencia, en cuanto fuente formal del derecho, se puede apreciar el giro argumentativo de la práctica del derecho por los juristas que se desarrollan dentro de un marco institucional del Estado de derecho, en el que los jueces participan de manera significativa en ese proceso. Así lo expone Zaccaria cuando indica que a la jurisdicción le es confiado un proceso institucionalizador de las novedades jurídicas introducidas por vía jurisprudencial; proceso que se realiza a través de dos vías: la del uso judicial y la del derecho consuetudinario judicial.⁵³

Con esa realidad, el derecho jurisprudencial no queda en un nivel secundario con respecto al de origen legislativo, ya que existe una ruptura teórica de la tradición dominante respecto de las fuentes del derecho, como lo indica Zaccaria, porque la colaboración en la construcción del derecho no se margina exclusivamente para el legislador omnipotente, sino que se subdivide el trabajo también concediendo poder decisorio relevante al juez, quien finalmente es el que decide qué debe comprenderse de lo previsto en el texto de la ley.⁵⁴

De esta forma se logra determinar las normas no solo en función de su contenido, sino de su concordancia con los principios constitucionales y su valoración ética en el contexto en que

⁵² Calvo, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 185.

⁵³ Zaccaria, Giuseppe, “La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica”, en *Doxa Isonomía*, núm. 32, abril 2010, p. 95.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 99.

se desarrolle el intérprete; de la historicidad de la que depende y que le exige un deber hermenéutico, argumentativo y ético; de lo que el derecho exige, y hacia allá, con sus realidades y demandas de justicia, debe interpretarse. Conviene recordar que, al respecto, Agís comenta que Emilio Betti ha sido uno de los primeros en el ámbito de la hermenéutica jurídica que defendía lo anterior:

Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, a diferencia de los juicios teóricos, sino instrumentos que sirven a fines de convivencia social o a normas de derecho privado que buscan solucionar conflictos e intereses, de tal manera que los llamados a aplicar estas normas caso del juez, deben conocer primero el juego de los intereses que han dado lugar al origen del conflicto. Dado, además que dichos conflictos de intereses y su valoración son entidades sociales históricamente determinadas, abogará también por una interpretación histórica de las normas, reconstruyendo no solo la idea originaria de la fórmula legislativa, sino confrontando la letra de las normas con la realidad actual, refiriendo de este modo la valoración normativa a la vida del presente [...].⁵⁵

La actividad hermenéutica del intérprete es de ritmo constante. El juez viaja frecuentemente entre los hechos del caso, el texto jurídico directo y los elementos normativos colaterales que se relacionan con él, bajo una estructura compleja de disposiciones de distintas tipologías (legales, constitucionales, internacionales...). Es la dinámica propia del círculo hermenéutico en materia jurídica en donde, se insiste, la historicidad del objeto y del intérprete son determinantes.

2.8. LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO: UNA TEORÍA CONSTRUCTIVISTA

Como señala Prieto Sanchís, la jurisprudencia no suele entenderse como la simple suma de unos documentos llamados sentencias, sino más bien de los criterios de interpretación y aplicación de las normas que guían las decisiones adoptadas en esas senten-

⁵⁵ Agís, Marcelino, *Conocimiento y razón práctica. Un recorrido por la filosofía de Paul Ricoeur*, Madrid, Fundación E. Mounier, 2011, p. 195.

cias. Por eso, la jurisprudencia es muy importante para el derecho, sobre todo en la vida de sus destinatarios.

En ese sentido, negar que la jurisprudencia es fuente del derecho es tanto como afirmar que no existe la creación judicial del derecho. Por ello, el autor español también menciona que el legislador tiene una diferencia de grado en relación con el juez, pues el primero tiene más libertad de creación que la que puede tener el segundo, ya que la Constitución le impone al legislador un menor número de limitaciones que aquellas que ha de soportar el juez, sin que por ello se suponga que no existe la creación judicial.

Así, la norma creada es el resultado y no el presupuesto de la interpretación, lo cual equivale a decir que no es proporcionada por el derecho legal, sino producida a partir del mismo, es decir, producida por el juez, más si se toma en cuenta que las constituciones actuales dotadas de un denso contenido axiológico-normativo representan una invitación a la creación judicial del derecho.

Otro aspecto que destaca Sanchís es el de la vinculatoriedad: el derecho judicial que en los sistemas como el nuestro puede catalogarse como precedente persuasivo porque supone una interpretación de la ley efectuada, por lo general, por los tribunales superiores, y que debe ser seguida por los jueces inferiores por el deber jurídico de hacerlo, como sucede en el caso mexicano.⁵⁶

La jurisprudencia en México da cuenta de lo que se defiende en el libro. Para algunos historiadores del ámbito jurídico, luego del siglo xvii, en el que los jueces fueron deslindados del poder real, se comenzó a privilegiar la función judicial con independencia del poder administrativo, lo que a la postre posibilitó que las resoluciones judiciales se ubicaran como fuente del derecho con carácter interpretativo, con la misma categoría que las leyes, en tanto que las sentencias de los jueces eran independientes de la ley del rey y, por tanto, se podía decir que ambas constituían parte del derecho.

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 213-220.

Conforme avanzaron las distintas concepciones del derecho, se ha admitido que la jurisprudencia es una fuente del derecho derivada de la interpretación constitucional y legal, cuya competencia está reservada para algunos tribunales y que tiene como finalidad mantener la seguridad jurídica en la interpretación de las normas, ya que de forma paulatina se entendió que en México existe un sistema jurídico mixto en donde el derecho legislado se fusiona con principios del derecho judicial.

La teoría clásica declarativa de los precedentes informaba que la actividad judicial no asumía una función creadora del derecho, sino que solamente ayudaba a determinar los verdaderos contenidos de la ley. Sin embargo, otra posición defiende que la creación y aplicación del derecho no son etapas diferenciadas y separadas, sino etapas intermedias de un mismo proceso.

Esta última reflexión es más acorde con la realidad de nuestro sistema jurídico. Basta con prestar atención a que, por lo regular, la jurisprudencia no reporta los hechos y argumentos específicos que se dieron en las resoluciones que la originaron, sino que solo establece los razonamientos interpretativos de la forma más abstracta posible, con la pretensión de seguir un método de codificación jurisprudencial que sea útil en la práctica para casos futuros.

Por tanto, se puede decir que la aplicación del derecho es una etapa interrelacionada con su creación, pues de la primera surge la posibilidad de sentar interpretaciones que luego sean aplicables para casos futuros con semejanzas particularmente idénticas. De ahí la necesidad de reconocer a la jurisprudencia como fuente del derecho, en tanto que, de cara a las nuevas problemáticas del mundo, esta necesidad se incrementa ante el hecho de que la indeterminación del lenguaje legal supone un complejo —y siempre presente— proceso de interpretación y aplicación del derecho.

La escuela analítica genovesa, por ejemplo, considera que las normas son consideradas simultáneamente el objeto de la interpretación, pues es una operación que tiene como resultado determinar las normas que van a aplicarse para la resolución de un caso concreto. En otras palabras, esa escuela sostiene que la regla jurídica es el soporte lingüístico del vehículo interpretativo

que lleva a incorporar una norma al sistema jurídico, entendida esta como el resultado de la interpretación de dicho elemento lingüístico.

Entre otras reflexiones, se puede decir que quizá la nueva epistemología hermenéutica que sirve como esquema explicativo para comprender la nueva dinámica constitucional haya servido como elemento de creación de normas de origen judicial, en razón de que la norma escrita no siempre ha sido la única y principal categoría ordenadora del sistema jurídico.

La hermenéutica jurídica, entendida como una actividad interpretativa de carácter histórico-evolutivo que se rige bajo ciertos principios y reglas y que se desarrolla en la administración de justicia, ha estado presente en más de alguna ocasión en los criterios sentados por nuestro Tribunal Constitucional, ya que ha desarrollado tal actividad desde un enfoque constructivista y ético, al determinar los límites de algún principio constitucional.

Así lo reconoce la Segunda Sala de la SCJN, en la contradicción de tesis 20/2015 en la que resolvió acerca de los casos en que resulta obligatorio aplicar un criterio jurisprudencial, pues al explicar la naturaleza de la jurisprudencia estableció expresamente lo siguiente: “Esta labor no es cognitiva sino constructiva, es producto creado judicialmente, plasmado en una tesis de jurisprudencia que contiene en la mayoría de los casos la *ratio decidendi* de una sentencia judicial en sede de Corte Constitucional”.

Por ello, ya sea que se adopte una visión positivista, analítica o hermenéutica del derecho, lo importante es que todas ellas confluyan en aprobar que el proceso de aplicación e interpretación del derecho contribuye a la conformación del mismo, pues cada jurisprudencia sirve como guía para las decisiones judiciales futuras.

Lo relevante del análisis es que la interpretación jurisprudencial constituye una fuente del derecho que incorpora al sistema jurídico algunos materiales normativos a partir de los cuales los jueces deben extraer consecuencias jurídicas, cuestión que equivale a decir que la jurisprudencia es un medio idóneo capaz de producir efectos de derecho en situaciones concretas y, por tanto, goza de similares características de las que le son asignadas a otras fuentes como la ley.

La Segunda Sala de la Suprema Corte confirmó que la jurisprudencia constituye una fuente del derecho al sostener en la solicitud de sustitución de jurisprudencia 2/2014:

[...] (63) Es importante puntualizar de manera categórica que si una tesis de jurisprudencia ha sido aprobada con tal carácter y publicada a través de los medios autorizados, los órganos jurisdiccionales se encuentran obligados a acatar esa jurisprudencia y, por ende, están impedidos, por una parte, para cuestionar su contenido o el proceso de integración de la misma y, por otra, para dejar de observarla so pretexto de alguna irregularidad advertida. - - - (64) Lo anterior, en virtud de que la Ley de Amparo no autoriza el desacato de esta aunque en caso de imprecisiones puede ser objeto de modificación o sustitución mas no existe previsión que se traduzca en la posibilidad de que un órgano obligado a acatarla pueda revisar el proceso de integración o el contenido de aquélla, sino que en todo caso, esa revisión debe ser a cargo del propio órgano que emitió la jurisprudencia. - - - (65) En esta línea argumentativa resulta claro que la jurisprudencia constituye una fuente formal del derecho porque se traduce en un proceso de creación del mismo a través de las decisiones de los tribunales que interpretan y explican sus normas. Esto es, refleja un criterio uniforme de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. - - - (66) Ahora bien, en términos del artículo 217, último párrafo, de la Ley de Amparo, la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. - - - (67) Consecuentemente, a partir de la entrada en vigor de este numeral, los criterios que hasta la fecha se venían sustentado en el sentido de que la jurisprudencia no podía ser retroactiva porque solo se concreta a interpretar la ley, cobran un nuevo matiz a la luz del nuevo marco reglamentario en el que como ya se dijo, se establece en forma expresa que no puede ser retroactiva en perjuicio de persona alguna. - - - [...] - - - (71) Esta Segunda Sala no pasa por alto la existencia del criterio del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que determina que la aplicación de la jurisprudencia no contraviene la garantía de irretroactividad de la ley, porque su contenido no es el equivalente a una ley en sentido formal y material, sino que solamente contiene su interpretación (cita al pie la tesis “JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY”) - - - No obstante, ese criterio fue pronunciado al interpretar el marco constitucional y legal anterior al tres de abril de 2013 y, por tal motivo, no resulta aplicable al caso concreto [...].

Si bien la jurisprudencia que derivó de esa ejecutoria (identificada con el número 2a./J. 62/2014, 10a.) fue superada por la diversa jurisprudencia P./J. 7/2015 (10a.) del Pleno del Tribunal Constitucional, que fue materia de estudio de la contradicción de tesis 357/2014, lo cierto es que tal cuestión no impide tomar en cuenta el razonamiento transcrito respecto a que la jurisprudencia se considera fuente del derecho, tomando en cuenta que ese posicionamiento no constituyó el punto sobre el cual se centraba el desacuerdo que originó la contradicción de tesis 357/2014. Por ende, se estima que la consideración en cita, al no encontrarse contrariada, sirve para robustecer el anterior argumento.

Esta explicación muestra que en el derecho existen distintos materiales normativos que son fuente de lo jurídico y que pueden compartir, en alguna medida, las mismas reglas sobre las cuales se rigen. Ahora puede afirmarse que la noción de jurisprudencia ya no se encuentra dentro del deductivismo extremo, en el que se consideraba que la aplicación de las normas no aportaba variante alguna al derecho objetivo, pues solo cumplía con desentrañar sus alcances legislativos, sino que la *construcción argumentativa del derecho pasa por un proceso hermenéutico* en virtud del cual las justificaciones de los jueces son vistas como parte del mundo de lo jurídico.

Capítulo 3

Las restricciones constitucionales y su interpretación

No olvidemos que es una Constitución lo que estamos interpretando.

John Marshall

3.1. INTRODUCCIÓN

El capítulo final tiene un doble propósito. Primeramente se defiende una postura sobre cuál es el tipo de interpretación constitucional preferible. Posteriormente se describe, de manera general, cómo han sido entendidas las restricciones de los derechos constitucionales desde la teoría. Como punto intermedio, se aborda la problemática que ocasiona la resolución emitida por la Suprema Corte acerca de dichas restricciones en la interpretación jurídica con motivo de la incorporación del principio pro persona al sistema jurídico mexicano. En último lugar, se propone que las restricciones constitucionales sean analizadas con base en una metodología poco explorada por los jueces nacionales, fincada en el comunitarismo, pero con respaldo convencional. Con ello se busca encontrar una solución a la problemática que representan los casos concretos, con el ánimo de que tales restricciones evolucionen hacia un enfoque más cercano a la justicia liberal.

3.2. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Se tiende a pensar que la interpretación jurídica está relacionada con cualquier actividad que no sea la creación normativa, es decir,

se supone que esa actividad se efectúa después de la promulgación de las normas, ya sea para decidir sobre su validez, colmar lagunas, resolver antinomias o delimitar el contenido de alguna expresión jurídica. Por su parte, la palabra interpretar, explica Prieto Sanchís, tiene dos connotaciones: la primera es la de atribuir significado a las normas —clarificar qué es lo quieren decir—, y la segunda implica delimitar su campo de aplicación dependiendo de la situación para la que en cada caso la norma sea relevante.¹

El concepto interpretación, para Guastini, es doblemente ambiguo. La primera ambigüedad radica en que puede hacer referencia a la atribución del significado de un texto normativo desde lo abstracto y lo concreto. La interpretación en abstracto consiste en identificar el contenido del significado, es decir, el contenido normativo expresado o lógicamente implícito en un texto normativo, sin referencia a algún supuesto de hecho concreto. Por su parte, la interpretación en concreto hace referencia a subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto.

Hay indeterminación del derecho, la cual concierne al sistema jurídico como tal y a cada norma como componente del sistema. Guastini señala que es indeterminado el sistema jurídico, en el sentido de que por causa de la equivocidad puede no saberse cuál de las normas está en vigor. Además, indica que es necesario distinguir cuidadosamente los enunciados normativos y las normas, entendidas como significados, ya que muchos enunciados son ambiguos, al tener un contenido complejo y una pluralidad de normas relacionadas, incluidas, por ejemplo, las llamadas normas implícitas.

Sobre la indeterminación de las normas, puntualiza que toda norma, a causa de la vaguedad del lenguaje natural, supone no siempre saber cuáles supuestos de hecho recaen en su campo de aplicación. Son los casos dudosos en los que la aplicabilidad de la norma es discutible. La segunda ambigüedad del vocablo “interpretación”, dice el autor italiano, es que en ocasiones hace referencia a un acto de conocimiento, en otras a un acto de decisión y, en algunas más, a un acto de creación.

¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 225.

En ese orden de ideas, distingue la interpretación cognitiva, que consiste en identificar los diversos significados posibles de un texto normativo, sin escoger alguno de ellos; la interpretación decisoria, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados y la interpretación creativa, que supone atribuir un significado nuevo, recabado incluso del texto de las normas implícitas mediante razonamientos no deductivos.

Las últimas dos, dice Guastini, son operaciones políticas en sentido amplio, porque pueden ser realizadas por un jurista o por un órgano de aplicación, con la única diferencia de que solo la realizada por el órgano aplicador es la auténtica que está provista de consecuencias jurídicas. De este modo, la distinción está en que la interpretación creativa es en realidad un verdadero acto de creación normativa.

Respecto de las normas implícitas, Guastini sostiene que son construidas por los intérpretes mediante un razonamiento en el que una o más normas expresas constituyen las premisas y la norma implícita, la conclusión. Es frecuente que las normas implícitas sean construidas mediante razonamientos lógicamente válidos, como la deducción; pero también es usual que esa forma de proceder se haga sin basarse en normas explícitas o conforme a razonamientos que no sean deductivos. La distinción es importante porque, en el segundo escenario, las normas son el producto, o bien de una labor de interpretación, o bien de un verdadero y propio trabajo de construcción jurídica realizado por los intérpretes,² lo cual da por sentado que existe bastante proximidad de esta afirmación con la idea del constructivismo en el derecho, en la medida en que los intérpretes participan en la creación jurídica.

Por su parte, cuando Aguiló describe un texto de Genaro Carrió en el que se pregunta sobre la verdad o falsedad del enunciado de que los *jueces crean derecho*,³ más allá de la cuestión ahí tratada, el autor español identifica que la discusión planteada por

² Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 29-37.

³ Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pp. 105-122.

los juristas está más bien encadenada a la construcción de un modelo de juez ideal que comporta un proceso de creación judicial de las normas jurídicas. Por eso, en su opinión, debe diferenciarse la discusión relativa al grado de vinculación de los jueces al derecho objetivo de la concerniente a si hay o no normas de origen judicial, para evitar enredos gratuitos.⁴

En esa tesitura, la discusión del modelo ideal de juez puede independizarse de la cuestión de las normas de origen judicial. Para Aguiló, la primera discusión está en las tensiones que surgen entre derecho y justicia, entre el deber de aplicar el derecho objetivo y el deber de impartir justicia. Claramente, el trasfondo del debate tiene que ver con la tesis del derecho que se reduce al fenómeno y manifestación social o responde a una fundamentación moral.

Además, la problemática también deriva en cuestionarse si la aplicación del derecho tiene un enfoque más bien político de distribución del poder entre el legislativo y el judicial, con la finalidad de, siempre bajo un esquema positivista, reducir la cuestión a si el juez está fuertemente vinculado a la legislación, pues precisamente la posición teórica que forja ese cuestionamiento es aquella que considera como fuente primigenia y necesaria a la ley de la que se origina la interpretación judicial.

El escenario es mucho más complicado, como lo dice Aguiló, ya que la perspectiva teórica del problema surge en torno a la afectación que ocurre sobre todas las fuentes del derecho. Cualquier juez, en algún momento, podrá enfrentarse a la cuestión de si debe o no aplicar la doctrina jurisprudencial del tribunal constitucional, al considerar que esta puede resultar equivocada o injusta.

En ese caso, continúa el autor, existen dos posibilidades: la primera es que la creación judicial sea independiente de la cuestión del modelo ideal de juez, la segunda es que el problema del juez ideal afecte a todo el derecho objetivo y no solo a la legislación.

⁴ Aguiló, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Madrid, Ariel, 2012, pp. 129 y 130.

Cualquiera que sea la posibilidad que se actualice, el punto crucial es que los intérpretes encontrarán la forma de decidir según sea su filiación teórica, e incluso según su apego sobre la idea de la fundamentación o vinculación necesaria entre derecho y moral —que viene dada por la construcción teórica que hayan recibido y, en adelante, hayan cuestionado, modificado o adecuado a una serie de convicciones racionales—, pero más importante es que esencialmente la producción normativa podrá advertirse una vez aplicada la decisión judicial.

Así lo explica Aguiló en el segundo deslinde sobre la cuestión de las normas de origen judicial, pues él mismo reconoce que esto tiene que ver con el hecho de que el proceso de aplicación del derecho objetivo es lo que contribuye a su conformación.⁵

En ese contexto, hay dos posiciones teóricas. Por un lado, el judicialismo extremo, que guarda un fuerte escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, de modo que las decisiones judiciales solo resultan explicables en términos de actos de voluntad. Por otro lado está el deductivismo extremo, cuya característica central es que identifica que el derecho objetivo es completo y cerrado, de manera que suministra los criterios necesarios para resolver todos los casos posibles y, en ese sentido, aplicar el derecho implica deducir solamente lo dispuesto por la norma. En cualquiera de las dos posiciones, lo que resulta claro, dice Aguiló, es que la argumentación destinada a justificar el fallo de una sentencia siempre es superflua.⁶

Estas y otras razones han motivado a que la interpretación jurídica sea clave para el constitucionalismo, dado que la mira está puesta en mejorar el derecho y sus instituciones, en especial los tribunales encargados de garantizar los derechos de las personas. La argumentación, como dice Atienza, es un ingrediente importante para la experiencia jurídica. Así, se le entiende como parte de una interacción social que opera a través de un proceso comunicativo que se rige por varias reglas, muchas de las cuales se ocupan justamente de aclarar los procesos de interpretación

⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁶ *Ibidem*, p. 132.

y aplicación del derecho como guía de fundamentación para el trabajo de los juristas.⁷

Una gran parte de la teoría de la argumentación se ocupa de analizar el discurso justificativo de los jueces, esto es, las razones que ofrecen como fundamento o motivación de sus decisiones, así como de la descripción de los procesos de decisión.⁸ Por eso, precisamente dentro del factor de orden práctico, una de las imágenes más populares del derecho es la relevancia que ha adquirido la forma de argumentar, la cual regularmente se aprecia con mayor nitidez en las controversias suscitadas ante los jueces.

Un ejemplo de ello es que a causa del escenario constitucional de la posguerra, las sentencias de los jueces se encuentran más y mejor motivadas que antes, y es que la vigencia constitucional adquiere una importancia central porque la Constitución no se limita a constituirse como un texto desde del punto de vista formal, pues también requiere que mediante la interpretación se colme de contenido a ciertos derechos o principios, con lo cual se actualiza una dimensión sustantiva como mecanismo de control del poder.

Atienza lo resume de la siguiente forma:

[...] El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica que la requerida por el Estado liberal —legislativo— de derecho. En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos [...].⁹

En este modelo de Estado constitucional se pueden encontrar las siguientes características definitorias:

⁷ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Atienza, Manuel, y Ferrajoli, Luigi (coords.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2016, pp. 4-6.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ibidem*, p. 11.

- a) existe una considerable importancia concedida a los principios, entendidos como elementos de rango superior en la estructura y funcionamiento del sistema jurídico, cuyo contenido ético o axiológico indeterminado requiere del ejercicio interpretativo;
- b) las reglas y los principios no se reducen a una perspectiva lógica, ya que exigen de los intérpretes consideraciones de razón práctica;
- c) el derecho es dinámico y se construye mediante la práctica social argumentativa, en la que se incluye una compleja implicación de normas, valores, procedimientos, acciones, agentes, etcétera;
- d) la interpretación, más que un resultado, es un proceso racional conformador del derecho;
- e) la validez del derecho no es meramente formal o procedimental, pues también exige de elementos sustantivos. Para que sea válida una norma, esta debe respetar los principios constitucionales, sujetos de interpretación;
- f) el reconocimiento de que hay una conexión conceptual entre derecho y moral, pues cualquier criterio de identidad del derecho necesariamente incorpora razonamientos de carácter moral;
- g) conforme a lo anterior, la actividad jurídica está guiada por la idea de corrección, esto es, por la pretensión de justicia;
- h) el creciente interés en analizar la forma en que se justifican racionalmente las decisiones mediante la interpretación, ya que además de consolidar con ello una participación democrática de todos los agentes interesados, también procura informar sobre los nuevos horizontes que del derecho se construyen, y
- i) la obligación de que el ejercicio interpretativo se rija por principios como el de universalidad, coherencia e integridad.

Todas estas características sobre el derecho como argumentación también pueden verse enmarcadas en el derecho, entendido como construcción interpretativa-hermenéutica. Esta bien podría derivarse de la primera, con la única diferencia de que la segunda se rodea del elemento hermenéutico que convoca a una

comprensión más flexible del fenómeno jurídico en tanto que tiene presente la necesidad de que el intérprete siempre vea los problemas jurídicos en todo su contexto histórico y se autoimplique en ello.

3.3. LA INTERPRETACIÓN PREFERIBLE

En materia de interpretación jurídica pueden identificarse tres corrientes: la cognoscitivista, la escéptica y la ecléctica. En la primera, la existencia de la norma es presupuesto básico previo a la interpretación, de modo que el intérprete es el sujeto racional que descubre el significado normativo preexistente. En la segunda, la norma no existe antes de la interpretación, sino que es el acto interpretativo lo que da vida al significado de la norma; ahí el intérprete es un agente político creador del derecho, no muy diferente del legislador. En la tercera, los planteamientos se mezclan de tal modo que en ocasiones los textos claros solo suponen descifrar el significado, mientras que en casos oscuros o de penumbra, el intérprete decide un significado de todos los posibles.

El origen de cada una de las escuelas responde a momentos y exigencias históricas determinadas. El cognoscitivismo registra un antecedente ideológico acerca de que el intérprete no debía sustituir lo legislado, de forma que el juez no asumía una función creativa, sino de descubrimiento. La preocupación del escepticismo fue solucionar el problema de las lagunas, en donde el juez debía acudir a otras fuentes. En los escépticos hay distintas clasificaciones, desde los que afirman que la ley es muda y que el intérprete es un sujeto político tan libre como el legislador, hasta los moderados, que admiten que las disposiciones tienen más de un significado, entre los cuales el intérprete elige uno de modo discrecional. Los eclécticos sostienen que interpretar puede ser una actividad cognoscitivista y descubridora que da lugar a proposiciones verdaderas o falsas, o bien, que interpretar es estipular o atribuir un significado mediante una decisión que no es ni verdadera ni falsa.

Cada corriente tiene problemas. A las teorías cognoscitivas se les acusa de desconocer la equívocidad del lenguaje y la dis-

crecionalidad de los operadores jurídicos al momento de resolver casos difíciles. A las teorías escépticas se les cuestiona que si la interpretación se trata de un acto de voluntad porque no consiste en tomar conocimiento de un significado, sino en decidir un significado en el ámbito de los varios significados, entonces los enunciados no pertenecen al discurso prescriptivo y, por ende, están privados del valor de verdad, mientras que los eclécticos, aun cuando tengan posiciones intermedias, son susceptibles de encuadrarse en cualquiera de las dos críticas.

Por tanto, parece mejor pensar que existe un método de *interpretación preferible* en materia constitucional, en la medida en que no se agota exclusivamente en dichos planteamientos, sino que goza de parámetros de corrección. Para MacCormick, recapitula Atienza, que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa que satisface los requisitos de consistencia y de coherencia. Una resolución es consistente cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas. Una forma de entenderlo deriva de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente, así como de la obligación de ajustarse a la realidad.¹⁰

La cuestión entonces no es preguntarse si hay con exactitud una forma correcta de interpretar las normas jurídicas, sino ubicar que existen maneras preferibles para hacerlo, siempre sujetas a los principios constitucionales. A partir de ello —centrados en una teoría ecléctica, pero con miras a un constructivismo hermenéutico y ético— se puede señalar que hay un reconocimiento general de que todas las normas tienen zonas de penumbra, en especial aquellas de las que derivan contenidos axiológicos.

Ante tal escenario, el intérprete tiene discrecionalidad para decidir, pero siempre condicionado por los principios de coherencia y consistencia, —no solo con la ley en general, sino también con los propios principios constitucionales que protegen los derechos humanos—, ya que solo de esa forma podrá decirse que una resolución guarda una entera congruencia con el actual

¹⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2013, p. 117.

sistema normativo si su peso central lo legitiman precisamente dichos derechos.

En ese sentido, la interpretación no se reduce a un descubrimiento de verdad, sino a construir de manera hermenéutica y ética una solución referencial para cada caso y dilema, con base en el cual se originen normas judiciales que vayan estableciendo de manera uniforme una tendencia o criterio interpretativo coherente hacia el futuro, salvo que las contingencias ameriten un pronunciamiento distinto, y así se justifique.

Ese sistema de jurisprudencia creativa permite entender que el sistema tradicional positivista ha evolucionado, o bien, se ha modificado al grado de dar paso a una determinación normativa más amplia a cargo de los tribunales, pero sin dejar de observar que no por esa nueva condición estos también quedan sujetos a restricciones legales explícitas e implícitas en todo el ordenamiento.

Por ello, puede defenderse que no existe una única respuesta correcta e inmutable en el tiempo para todos los casos, como lo proponen las teorías cognoscitivistas, en virtud de que el punto para la solución de los casos no es la verdad como valor epistémico, sino la racionalidad lograda mediante los procesos argumentativos plurales, bajo los cuales se construyen nuevas realidades que se integran e incorporan al fenómeno jurídico y, por ende, sirven de regulación hacia el futuro, en concordancia con las dinámicas cambiantes del mundo.

En esta interpretación preferible importan tres principios: universalidad, coherencia y consistencia. El primero entiende que toda decisión en el contexto de aplicación del derecho requiere como condición necesaria que se utilice como premisa una norma universal. Así, para MacCormick se satisface este principio si en todos los casos se reconoce que la decisión tiene implicaciones hacia el futuro, en virtud de que presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido.¹¹

¹¹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 97-102.

Este requisito, según lo explica Atienza, como *exigencia de justicia formal*, tiene alcances tanto en el pasado como en el futuro, pues un caso presente debe resolverse de acuerdo con el mismo criterio usado en situaciones anteriores, de la misma manera que deben resolver los casos futuros.¹² En ese sentido, la universalidad supone tener como condición de posibilidad que la decisión del intérprete sea argumentativa y discursivamente racional. En un segundo plano, implica que haya una condición de igualdad formal en el ámbito normativo.¹³

El principio de coherencia indica que las normas, cuando se traducen en derecho aplicado mediante la interpretación judicial, son susceptibles de cambiar en corcondancia con la decisión que se ha tenido que tomar. La nueva norma exige incorporarse al mundo jurídico bajo un criterio de coherencia para no crear una cadena de incertidumbre sobre lo decidido, de manera que la coherencia del derecho no se reduce, apunta Aguiló, a una cuestión solamente de jerarquía normativa. Exige tener coherencia en general con el ordenamiento jurídico del que proviene, para así poder hacer efectivo y aplicable lo creado judicialmente.¹⁴ Esto constituye un paso que, en términos de racionalidad y corrección, busca que el proceso de argumentación en la aplicación del derecho del que se originan ese tipo de normas sea conforme con el derecho objetivo para que guarde uniformidad y congruencia. Además, es claro que el juez que decide está inmerso en una determinada práctica institucional que requiere precisamente una conformidad racional de las decisiones que se toman en relación con el derecho.

Atienza señala que la coherencia se da en dos niveles respecto del modelo argumentativo de MacCormick: la coherencia normativa y la coherencia narrativa. En la primera, una norma o se-

¹² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., pp. 114 y 115.

¹³ Esta regla bien puede encuadrar en las condiciones que prescribe Alexy sobre la interpretación, bajo la idea de que si se aplica un predicado x a un hecho y , se debe estar dispuesto a aplicar x a cualquier otro hecho igual a y en todos los aspectos relevantes. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2007, p. 185.

¹⁴ Aguiló, Joseph, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

rie de normas es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma satisfactoria para la vida de las personas. La segunda propone un test en relación con las cuestiones de hecho, cuando no cabe una prueba directa por observación inmediata. En ambos casos, y admitiéndose que cada tipo tiene sus propias dificultades, se dice que la coherencia es una cuestión de racionalidad, mas no de verdad.¹⁵

En conclusión, si bien es verdad lo que señala Guastini acerca de que “todo intérprete se acerca a los textos normativos previsto de una serie de presuposiciones teóricas que fatalmente condicionan su interpretación”,¹⁶ en última instancia, el intérprete debe guiarse bajo los tres principios mencionados (universalidad, coherencia y consistencia) y en función del respeto delimitado a los derechos humanos, dado que es cierto que los jueces de última instancia son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado. Sin embargo, ello está acotado siempre a que, como se ha explicado, se tenga presente que el derecho es un proceso argumentativo racional y plural, congruente con los valores constitucionales propios del sistema.

3.4. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y SUS LÍMITES EN EL OBJETIVISMO MÍNIMO

Se ha dicho que resulta difícil razonar jurídicamente sin hacerlo moralmente en alguna medida. En efecto, el razonamiento jurídico acude a la dimensión de la moral crítica cuando el problema involucra un pronunciamiento acerca de preceptos constitucionales en los que se manifiesta algún principio. Lo preocupante es que los razonamientos morales de los jueces pueden ir de un extremo a otro. Quizá por ello sea posible adoptar como conclusión general que la mejor forma de conciliar esas diferencias es a través de un constructivismo ético mínimo.

Una ética normativa de esa naturaleza es acorde con los postulados del Estado constitucional de derecho porque recoge las

¹⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 118-120.

¹⁶ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

pretensiones éticas que por lo regular se exigen como bienes básicos para las personas. Además, cualquier postura ética, incluso la escéptica, se funda precisamente en un reconocimiento mínimo de respeto y libertad frente al disenso; de otro modo, resultaría un contrasentido su escepticismo que lo vaciaría de contenido.

En efecto, frente a aquellos que dudan del objetivismo mínimo, es pertinente indicar que toda postura ética coherente necesitará de unos mínimos éticos de naturaleza objetiva. De esta forma, incluso el relativismo ético debe asumir como objetivo el principio del respeto a toda corriente ética; es el piso mínimo de discusión que precisamente le da entrada.

En esta medida, las decisiones judiciales necesariamente deben ser armónicas con el derecho y, por ende, requieren colmar de sentido a las exigencias mínimas de justicia dentro de un problema práctico que acontece en el mundo. Además, los jueces no hablan al azar, y cuando deciden lo hacen de conformidad con la compleja información de los debates filosóficos que atañen al caso (o al menos deberían hacerlo).

La solución de controversias es concreta y no se queda en la estratosfera de las ideas jurídicas. Dworkin indica que, con regularidad, la correcta aplicación de los principios y los conflictos que surgen entre ellos radica en cuestiones de valores y no de hechos. Los jueces, al igual que los filósofos, pretenden entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresa la moralidad política de la Constitución.

El profesor que sucedió a Hart en la cátedra de *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford también precisa que los jueces no deben ignorar lo que escriben los filósofos. Sin embargo, sería poco realista pedir a los jueces que adquirieran un grado en filosofía, sobre todo porque la sociedad no quiere que los fallos se redacten en el lenguaje filosófico, sino que sus escritos sean accesibles al público en general. Por ello, sostiene que aun cuando los jueces deben saber de filosofía, lo cierto es que no por esa razón deberían ser filósofos. En palabras de Dworkin: *the judges must be philosophers, but judges can't and perhaps shouldn't be philosophers.*

Su conclusión es que los jueces aparentemente pueden ignorar la filosofía sin riesgo alguno, pero es hasta el momento en que interpretan algún concepto cuando podrán percibir que la información con que cuentan es bastante limitada, salvo que busquen respaldo en algún esquema filosófico. Así sucede en materia constitucional, cuando es necesario resolver un caso difícil a partir de elecciones filosóficas, por ejemplo, sobre los alcances que tiene la libertad de expresión en el caso de que algún ciudadano se mofe de las minorías en términos insultantes y ofensivos, pues un asunto de esa naturaleza plantea una profunda reflexión filosófica sobre los debates de la moralidad política.

Así que los jueces deben ser capaces de valorar los argumentos filosóficos de las partes sin la necesidad de sujetar su convicción a un filósofo determinado, ni tampoco enlistar en sus fallos todas las discusiones filosóficas que ha suscitado algún concepto específico, dado que la expectativa que se tiene de ellos solo es que posean un bagaje complementario acerca de las escuelas filosóficas, lo cual les permitirá contar con mayores elementos al momento de decidir. Dworkin lo indica del siguiente modo:

Los abogados entrenados de forma correcta tienen la capacidad de establecer sus propios argumentos filosóficos, los cuales pueden ser muy diferentes de aquellos presentados por un filósofo académico, y los jueces, por su parte, pueden valorar esos argumentos sin tenerse que sujetar a la concepción de un filósofo determinado. Sin embargo no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar. Podríamos pensar en un juez constitucional descuidado y despreocupado que no tuviera una comprensión mínima de los principales historiadores de la Convención Constitucional y de las enmiendas de la Guerra Civil ¿Por qué no debemos insistir también en que los jueces constitucionales estén enterados de las obras de John Rawls o Herbert L. A. Hart, por ejemplo? Por supuesto que no quiero decir que los jueces deben considerarse ellos mismos como sus discípulos, quiero decir exactamente lo contrario: que deben tener una comprensión suficiente del trabajo de los

principales filósofos en las ramas pertinentes de la filosofía para estudiarlos críticamente.¹⁷

Entonces es necesario que, al decidir, los jueces sean conscientes de las dimensiones filosóficas de sus desacuerdos para generar un abundante y bien documentado debate acerca de lo que sus sentencias representan en la discusión pública. Así, para identificar en qué radican los desacuerdos de los jueces, se propone que estos, en primera instancia, partan de un constructivismo ético mínimo, para lo cual, el primer paso es ocuparnos en aclarar qué es ese constructivismo ético mínimo que los jueces bien podrían adoptar como una guía filosófica inicial cuando deban resolver algún debate sobre principios constitucionales.

Hay un acuerdo general respecto a que la coherencia es un requisito indispensable en toda decisión judicial. Por eso, toda sentencia debe ser congruente con el derecho, aun cuando este no siempre sea un orden normativo completamente coherente. Sí, las decisiones de los jueces afectan a la sociedad, y de existir alguna vaguedad en el orden normativo, las personas no sabrían cuál es la conducta que deben seguir para atenerse a las consecuencias. Lo más adecuado, como plantea Dworkin, es ver al derecho en su integridad, en la medida en que constituye su mejor concepción, en tanto que permite explicar y justificar la forma en que los jueces resuelven los casos que caen bajo la esfera de normas escritas, precedentes y, sobre todo, aquellos que plantean cuestiones controvertidas de índole constitucional.¹⁸ Vista de esa forma, la coherencia equivale a un principio de racionalidad que tiende a establecer que una conducta esté regulada de manera uniforme.

Quizá tratándose de reglas, ese tipo de problemas sean superados sin mayor dificultad. El conflicto surge cuando hay un choque de principios. Las normas constitucionales que los tutelan son perfectamente consistentes entre sí, pero al momento de aplicarlas pueden presentar algún rastro de incoherencia.

Por ejemplo, de pensarse que en materia de libertad de expresión es válido permitir que las personas se burlen de manera

¹⁷ Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, Madrid, CEPC, 2014, p. 84.

¹⁸ Bonorino, Pablo, *Dworkin*, Lima, Ara, 2010, pp. 113-115.

ofensiva de las minorías, algunos opinarían que esa protección a la libertad —más que ayudar a que el sistema democrático sea mejor— solo favorecería algún tipo de discriminación en contra de las minorías, lo cual es incoherente con la democracia por no dar a esas personas una plataforma y estructura igualitaria para que se manifiesten y defiendan de las mayorías.

La idea concierne precisamente una forma de ver el derecho desde la interpretación constructiva, guiada de una objetividad mínima de los juicios de valor. En ese sentido, una de las formas para conciliar en un primer momento ese tipo de incoherencias es el principio de razonabilidad. Se trata de una directriz interpretativa que busca justificar la decisión al amparo de un valor o principio rector. Aquella que satisfaga en mayor medida el valor o principio directriz será la que sirva de orientación al juzgador.

De esta manera, como lo defiende Dworkin, lo que se busca es exponer al objeto interpretado desde su mejor perspectiva. Toda interpretación debe ajustarse a los rasgos relevantes del objeto a interpretar y debe mostrarlo lo mejor que pueda dentro de su género. Puede existir la posibilidad de que dos especialistas posean convicciones sustantivas distintas respecto del valor de dos objetos de su dominio. En tal caso, hay que medir el grado de acuerdo mínimo con carácter objetivo, para entonces partir a la discusión que la práctica social y las creencias ofrecen, con el fin de delimitar la interpretación que prevalecerá frente al desacuerdo.

De esta manera, las discusiones en el terreno de la moralidad pública y del derecho constitucional permiten encontrar rumbo hacia una solución colectiva a la cuestión en que todos los involucrados en el debate puedan aceptar con dignidad.¹⁹ Por eso puede compartirse que en el ordenamiento jurídico existen valores implícitos, cuyo contenido se determina en función de los momentos históricos específicos, según los elementos contingentes de la práctica social.

Dworkin considera que la teoría jurídica interpretativa debe ser evaluada desde dos dimensiones: la del ajuste y la del valor. En la primera es relevante que se dé sentido a las principales

¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

creencias que componen el dominio de lo jurídico, en cuanto a su consistencia con los principios del ordenamiento (como, de hecho, se propone en la interpretación preferible); en la segunda importa ofrecer la mejor justificación política del mismo, pues en este punto el dominio del derecho entra en intersección con el dominio de la moralidad pública.²⁰

Entonces, esta comprensión del derecho como integridad, en que se considera al fenómeno jurídico como una práctica social argumentativa, consiste en dar razones de apoyo de ciertas proposiciones jurídicas. Estas no son exclusivamente descriptivas ni valorativas, sino una rama intermedia que comparte elementos de ambos tipos. La cuestión es que el material interpretado sea presentado siempre de la mejor manera posible. En la dimensión justificativa, es necesario que la interpretación propuesta proporcione una serie de principios de moralidad política que puedan considerarse como una razón plausible para adoptar el tipo de decisión detrás de la interpretación.

Con esta serie de ideas, se entiende que el derecho como integridad es compatible con la propuesta de entender el fenómeno jurídico como una articulación hermenéutica, argumentativa y dialéctica, en razón de que si se trata de un concepto interpretativo, es pertinente concretar su contenido desde la práctica social argumentativa que lo sostiene. Esta idea se puede corroborar al recordar que, para Dworkin, “los jueces deben decidir lo que es el derecho interpretando la práctica de otros jueces decidiendo lo que es el derecho”,²¹ y mejor aún, se respalda en un objetivismo mínimo desde el constructivismo dworkiniano, en virtud de que el piso moral de común acuerdo es presentar el material interpretado de la mejor forma desde su moralidad política, en tanto que debe legitimarse a través de justificar su valor o sentido en la práctica social.

Incluso, a modo de mejorar la defensa del objetivismo mínimo, es importante lo que señala Dworkin entre el enfrentamiento de la Constitución de detalles y la Constitución de principios. En el primer diseño, los originalistas manifestaron claramente su

²⁰ *Ibidem*, pp. 123 y 124.

²¹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Madrid, Gedisa, 2010, p. 410.

intención: limitar el poder de los futuros gobiernos, fijando un compromiso con ciertos principios abstractos de moralidad política, aun a sabiendas de que su aplicación a casos concretos sería una cuestión controvertida. Entonces, no se ignora que los constituyentes tenían sus propias convicciones sobre cómo aplicar esos principios a situaciones concretas, pero decidieron no plasmarlas en el texto constitucional. Al final, la decisión concreta del constituyente fue fijar un piso mínimo de moralidad: la limitación del poder en detrimento de la violación constitucional.²²

De este modo, el derecho como integridad presentado en el plano judicial aboga por una exigencia de que los jueces que resuelvan los casos difíciles lo hagan tratando de encontrar la mejor interpretación de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, a partir de algún conjunto coherente de principios que permita dar cuenta de los derechos y deberes que tienen los miembros de esa comunidad. En palabras de Dworkin:

[...] El principio judicial de integridad ordena a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor —la comunidad personificada— expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad. Formamos nuestra concepción del derecho reescribiendo esa instrucción como una tesis sobre los fundamentos de derecho. De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran en o se siguen de los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad [...].²³

La labor final consiste en lograr la racionalidad de la moralidad política bajo criterios mínimos de operatividad del derecho. Quizá uno de estos principios de mayor ambición y reflejo en las decisiones jurídicas sea el principio kantiano de la razón práctica de la universalidad: “Obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”.²⁴

²² Bonorino, Pablo, *op. cit.*, pp. 136-137.

²³ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 223-225.

²⁴ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 90-92.

El imperativo categórico implica tratar del mismo modo a todos los casos cuyas propiedades relevantes sean las mismas y de forma distinta a los que tengan propiedades diferentes. Lo difícil en ese análisis es determinar cuándo son iguales, ya que ello implica un juicio moral e individual por parte del intérprete. Lo rescatable de esta situación es que los jueces están obligados a argumentar sobre las razones para seleccionar ciertas propiedades en perjuicio de otras, acción con la cual solo se robustece la racionalidad de la decisión judicial.

Este principio constituye una pieza central en la tradición deontológica de Kant, a tal grado que es indispensable para la filosofía liberal sobre la cual descansan los derechos humanos. Por eso hay quien sostiene que cuando una decisión sobre principios no pueda ser universalizable, entonces difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable.

Para hacer más práctico lo expuesto, tomemos un ejemplo de Alfonso García: “¿Cómo se reaccionaría ante la propuesta de someter a una persona sana a unos experimentos que le llevarán a la muerte segura e inminente, para lograr acabar con el cáncer y salvar a otras personas?”²⁵

De acuerdo con el principio de universalidad de la teoría deontológica, no sería aceptable dejar de tutelar el derecho a la vida para satisfacer el incremento del bienestar de la sociedad. El dilema moral siempre es complejo en sí mismo y el ejemplo no es la excepción. Por eso, creemos que además es necesario echar mano de otro principio que está implícito en el ordenamiento jurídico: “Obra de tal manera que tomes a la humanidad, tanto en su persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca meramente como un medio”. Se trata de la dignidad humana, cuyo fundamento está previsto en el artículo 1 de nuestra carta constitucional. Su finalidad última es evitar la instrumentalización del ser humano.

Los dos principios podrían servir de guía para determinar si es posible que a una persona sana se le practiquen experimentos

²⁵ García, Alfonso, “¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación”, en Gascón, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 318-341.

que provocarían su muerte, pero que servirían para la cura del cáncer. Por ejemplo, podría pensarse que si la propia persona decidió libremente someterse a ese tipo de experimentos médicos, no estaría siendo instrumentalizada para una utilidad colectiva, sino que en ejercicio de su autonomía individual determinó sin coacción alguna acabar con su vida para fines médicos.

Con ello, al menos se enmarcaría el caso dentro de un debate racional, para resolver o dialogar con aquellos que, aun compartiendo ese principio kantiano, consideren que una persona no puede disponer de su vida. Lo que se intenta decir es que con los dos principios puede hacerse un balance racional, sin llegar al extremo de adorar *per se* el deontologismo kantiano y sostener que siempre es mejor elegir lo correcto por encima de lo bueno, sino por el contrario, lo que se busca es que haya una posición intermedia y equilibrada, prohibiendo que las personas sean instrumentalizadas, pero que también sean capaces de tomar sus propias decisiones de vida sin afectar a terceros.

3.5. LA INTERPRETACIÓN Y EL EQUILIBRIO REFLEXIVO

Resulta necesario precisar que al realizar la interpretación jurídica no solo el objetivismo es relevante, sino que también lo es la metodología para la toma de decisiones. Para Rodolfo Vázquez es importante defender que un proceso deliberativo es el que rige la ponderación de principios y su tránsito de los principios a las reglas, para lo cual debe imperar un equilibrio reflexivo desde una visión práctica de la filosofía.²⁶

Ese equilibrio reflexivo del que habla el profesor Vázquez ocurre cuando los principios kantianos, que a nuestro parecer están implícitos en el ordenamiento constitucional, pretenden dejar de lado la moralidad solipsista que entendía la racionalidad encerrada en un individuo aislado, para dar paso a una moralidad comunicativa tendencialmente abierta al debate y al diálogo entre individuos racionales. Para complementar esta idea, debe re-

²⁶ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 70.

cordarse que Habermas sostiene que la moralidad kantiana debe ser reinterpretada como un diálogo, pues para saber cómo decidir se necesita de una deliberación entre seres racionales.

La moralidad que impregna las discusiones sobre cómo resolver un conflicto de principios se construye solo dentro de un debate entre personas racionales. De esa forma puede entenderse que el derecho se construye con argumentos jurídicos y morales a partir de un diálogo racional.

El constructivismo ético mínimo se presenta, pues, como un modelo básico para que los jueces impartan justicia desde la premisa de respetar la dignidad humana, pero a su vez las libertades, siempre que estas procuren la igualdad en términos de distribución de derechos y de satisfactores que permitan ejercer esos derechos.

Ese procedimiento, además, aboga por una imparcialidad al dejar en manos de un tercero —cuya selección nos ha indicado que es una persona racional— el decidir cómo puede resolverse cada caso desde un constructivismo ético mínimo y de ahí en adelante comenzar la discusión, ya que justamente se trata de un criterio de justicia la iniciativa de buscar que alguien imparcial, con intereses ajenos a la controversia, sea quien resuelva el conflicto.

Lo destacable es que la decisión se considera justa porque es resultado de un procedimiento comunicativo que se estima racional, al sustentarse en la condición de que los participantes están de acuerdo al menos en tres cosas: la dignidad humana, la protección de las libertades y la tutela de la igualdad. El que cada caso pueda ser universalizable depende del resultado que se obtenga del diálogo racional.

Nada de ello es novedoso. Rawls inauguró el constructivismo ético dentro de la rehabilitación de la razón práctica con base en dos principios. El primero indica que cada persona debe tener derecho por igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos. El segundo principio, el de la diferencia, establece que la distribución de bienes debe responder a la regla del *maximum minimum*, es decir, se debe seleccionar aquel modelo de distribu-

ción de bienes que asigne la posición más ventajosa al individuo menos favorecido de cada escenario.

Los derechos humanos pueden catalogarse como elementos que inicialmente parten de cierta función objetiva y, a partir de su interpretación, van adquiriendo nuevas dimensiones para irradiar a todo el sistema jurídico.

Los derechos son un medio de integración objetiva del Estado constitucional, por lo que representan un sistema de valores y principios concretos de una sociedad. Los derechos son incorporados en las constituciones, pero para que estas sean cuerpos normativos vivientes se requiere desarrollarlas y que sus distintas manifestaciones se expresen mediante la interpretación evolutiva que de ellas hagan los jueces.

De esta manera, los derechos surgen como aspiraciones que se perciben como espejo de la sociedad, puesto que, una vez que han sido constitucionalizados, depende del desarrollo jurisprudencial que emprendan los intérpretes para aterrizar esos elementos objetivos y empujarlos hacia nuevos horizontes de protección.

Entonces, los derechos suelen representar un criterio objetivo del Estado constitucional democrático que permite ir construyendo paulatinamente, desde esa objetividad ética mínima, mayores alcances que se expandan de forma general sobre todo el ordenamiento jurídico.

Se trata de que los jueces, desde su racionalidad, tengan presente la necesidad de compatibilizar las libertades con la igualdad en la distribución de los recursos y de las posibilidades (oportunidades y capacidades). En su conjunto, esa tutela será la matriz para lograr una adecuada protección de la dignidad humana como punto de partida en la resolución de los conflictos.

En vista de lo anterior, ahora se pueden analizar —cuando así se justifique— las restricciones constitucionales de los derechos desde el principio pro persona y las limitaciones convencionales que así lo permiten, porque se tiene presente que la discusión racional basada en dicho principio hermenéutico tiene como punto de partida un piso mínimo anclado en las libertades, la igualdad

y la dignidad humana, y su misión es armonizar todo ello sin afectar de manera desproporcionada alguno de esos valores en el caso de estar en pugna, al igual que se debe también observar una restricción cuando tiene aval en el marco jurídico convencional.

3.6. LA TEORÍA DETRÁS DE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Uno de los referentes obligados para hablar de este tema es Robert Alexy, quien desde hace varios años trajo con su posición teórica la discusión acerca de si los derechos están sujetos a restricciones y, en esa medida, pueden ser limitados. Pregunta que aparentemente resulta retórica cuando de antemano está previsto en el texto constitucional que los derechos tienen ciertas restricciones.

El problema más importante en realidad se presenta, como lo explica el profesor alemán, al momento de determinar el contenido y el alcance en que deben enmarcarse dichas restricciones, así como cuando una limitación se diferencia de una restricción. Por esa razón, gran parte de lo explicado enseguida toma como punto de partida lo que Alexy dice al respecto, en virtud de que su posición teórica se ubica dentro del constitucionalismo contemporáneo, que es precisamente la base de este trabajo.²⁷

Alexy recuerda que Klein se opone a la noción de restricción de los derechos fundamentales desde una óptica superficial o natural, en que los derechos se limitan o relativizan como algo que está predeterminado con motivo de su carácter preestatal o por el hecho de que están garantizados en el texto constitucional. En ese sentido, asegura que de acuerdo con la lógica pura, no existirían restricciones de los derechos fundamentales, sino solamente conceptos sobre tales disposiciones.

Para el filósofo alemán, es necesario distinguir el derecho y sus restricciones, entre los cuales existe una relación especial, la de restricción o la de limitación. En el primer caso se trata del

²⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008, p. 239.

derecho en sí, mientras que en el segundo escenario se tiene un derecho restringido.²⁸

Es la teoría que, en palabras de Alexy, suele denominarse con intención crítica como una teoría externa, en la que se admite que los ordenamientos jurídicos se presentan primordialmente como derechos restringidos, pero también hay casos en que es posible concebir la existencia de derechos, sin restricciones. Por ello, según esta teoría, no existe relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. En realidad, esa relación solo se crea por medio de la necesidad externa al derecho, de hacer compatibles entre sí los derechos de diferentes individuos, tanto los derechos individuales como los bienes colectivos.

En cambio, para la teoría interna no existen dos cosas como el derecho y sus restricciones, sino exclusivamente una: el derecho con un determinado contenido. Así como sucede con Häberle, el concepto de restricción es sustituido por el de límite, con la intención de aplicar la teoría interna.

En ese sentido, explica Alexy, las dudas respecto a los límites no son acerca de si el derecho debe o no ser limitado, sino sobre cuál es su contenido. En otras palabras, cuando habla de restricciones en lugar de límites, se alude realmente a restricciones inmanentes. Así, la polémica entre ambas teorías, dice Alexy, no es para nada solo sobre preguntas conceptuales y problemas de construcción.

Por eso, quien sostenga una teoría individualista del Estado y de la sociedad tenderá más a la teoría externa que aquel que opte

²⁸ En otros debates, en materia de dogmática constitucional, se defiende que la restricción solo opera en materia de derechos humanos, de forma que si esta aplica en dirección a otro tipo de derecho, como sería uno constitucional que no necesariamente constituye un derecho humano (de acuerdo con la distinción que hace Cruz Parceró al respecto), entonces, su tratamiento es distinto. Esta explicación de Cruz Parceró parece apuntar a que existe alguna distinción de grado entre lo que es propiamente una restricción a un derecho humano y lo que podría denominarse como solo una limitación a un derecho constitucional. Véase *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, IECEQ, 2017 y “Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año II, núm. 3, julio-diciembre 2016, pp. 3-35.

por interesarse en la posesión sobre la comunidad, dado que este defenderá la teoría interna.

Por supuesto, el que una u otra sea la correcta es algo que depende de que las normas de derecho fundamental se consideren como reglas o como principios, y de las posiciones definitivas o *prima facie* de los derechos. Si se parte de posiciones definitivas es posible refutar la teoría externa y en caso de que se parta de posiciones *prima facie* será la teoría interna.

Una posición definitiva abstracta consiste en que el derecho de una persona no se restrinja por normas que no sean un elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no sean formal y materialmente acordes con la Constitución. En otras palabras, no puede presentarse una restricción si las normas no fuesen formal y materialmente conformes con el texto constitucional, ante la necesaria aclaración de que la vulneración de un derecho no se traduce en modo alguno en una restricción *per se*, dado que son cosas diferentes.

Desde otra óptica, el sentido cambia cuando se parte de la teoría de los principios en que se entiende que lo que hay que restringir no es definitivo, sino *prima facie*. Lo que se busca es que el derecho se realice en la mayor medida posible, dado que es un elemento que pertenece al acervo constitucional.

En ese orden, si se restringe, se hace no solo respecto de un bien protegido, sino también respecto de un derecho *prima facie* garantizado por las normas de derecho constitucional, ámbito donde es correcto hablar de restricciones a los derechos fundamentales.

Alexy sostiene que al preguntarse qué son las restricciones a los derechos, se debe saber que lo que se puede restringir son los bienes protegidos por los derechos, como serían las libertades, las situaciones o las posiciones *prima facie* contenidas en principios de derecho fundamental. Hay restricciones en dichos principios que exigen una protección lo más amplia posible de los bienes protegidos (libertad de acción, integridad física, competencia para enajenar una propiedad, etc.), por lo cual explica que las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen las posiciones *prima facie* del derecho

fundamental; lo que en el fondo quiere decir que las restricciones son normas.

De ahí la necesidad de diferenciar lo que una norma es para efectos de traducirse en una restricción. Al respecto, una restricción puede ser norma solo si es constitucional; si no es así, su creación puede tener el carácter de una intervención, pero no de una restricción. En ese orden, las normas pueden ser restricciones siempre que sean constitucionales.

De la misma forma, añada que existen distintos tipos de normas: las que fundan la competencia del Estado para dictar normas, y las normas de mandato o prohibición, dirigidas a los ciudadanos.

Las normas de competencia estatal, en cuanto a las restricciones, responden al principio de reserva de ley, en el que el legislador queda autorizado para imponerlas. Son un tipo de fundamento que posibilita jurídicamente imponer restricciones. De hecho, aclara Alexy, también es una posibilidad jurídica la restricción en sí misma, porque la competencia de los órganos legislativos es correlativa al contorno de la sujeción que se debe observar sobre esa competencia restrictiva, es decir, la misma competencia es acotada, limitada.

Las normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos están diferenciadas entre reglas y principios. Las primeras traducidas cuando un derecho o libertad no es definitivo, dado que en su lugar existe una permisión normativa que da lugar a ciertas atenuaciones del derecho. Por su parte, los principios también pueden ser materia de restricciones, por ejemplo, es posible limitar los derechos fundamentales cuando los derechos de terceros entren en colisión con otros valores de rango constitucional.

En ese caso, las restricciones no son definitivas porque es indispensable ponderar los principios en colisión, de modo que debe dilucidarse cómo queda la posibilidad jurídica para la realización de los principios de derecho fundamental a raíz de la restricción respectiva.²⁹

²⁹ Ibidem, pp. 243-248.

Pueden existir distintos tipos de clasificaciones que no resulten totalmente satisfactorios en el análisis de las restricciones. Quizás por ello, Alexy, como se deduce de su explicación, prefiera hacer la distinción de las restricciones entre normas y principios desde un enfoque de las modalidades jurídicas, separando las restricciones directamente constitucionales de las indirectamente constitucionales, las cuales serán tratadas en el mismo orden, con el ánimo de explorar conceptualmente lo que importa en esta investigación.

Las normas que restringen derechos fundamentales son de orden constitucional o, en todo caso, normas de rango inferior a la Constitución que autorizan imponer restricciones. Así, las primeras son normas de restricción directamente constitucional, mientras que las otras son de orden indirectamente constitucional.

El concepto de restricción hace alusión a una perspectiva del derecho. Por su parte, la cláusula restrictiva se refiere a la perspectiva de la norma. En otras palabras, la cláusula es la norma que dice cómo está restringido o puede restringirse lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza *prima facie*.

Las cláusulas restrictivas expresas son las que contienen descripciones directamente constitucionales del alcance concreto de la garantía de una disposición de derecho fundamental.

Las restricciones indirectamente constitucionales son aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución. Estas se representan claramente con las cláusulas de reserva explícitas, las cuales consisten en las disposiciones de derecho fundamental que autorizan expresamente llevar a cabo intervenciones, restricciones o limitaciones.

El problema que surge de ellas es su delimitación. En el aspecto formal es claro que se habla de la competencia, procedimiento y forma para establecerlas. En el punto material existe la barrera de contenido esencial que se debe respetar, bajo el principio de proporcionalidad, con la necesidad de efectuar una ponderación.

Otra problemática, dice Alexy, es que en estos casos pareciera no existir una diferencia clara entre restricciones directa e

indirectamente constitucionales, pues bastaría con que la legislación de reserva sea vista desde la interpretación de las restricciones que ya existen en la Constitución, con lo cual, recapitulando lo dicho por Häberle, se entendería que todos los límites admisibles de los derechos fundamentales resultan inmanentes a ellos mismos.³⁰

Por su parte, Borowski explica que no solo los derechos de libertad, sino también los de igualdad y de naturaleza social —que denomina constitucionales prestacionales—, constituyen derechos fundamentales limitables. En el análisis de la construcción de los derechos fundamentales se alude a la diferencia entre posición *prima facie* y posición definitiva. En la primera está el derecho no limitado, en la segunda aparece la restricción. Su resultado es el derecho definitivo en su limitación.

En todo caso, se analiza el núcleo del derecho y la eficacia de la limitación. Al respecto, hace también referencia a la teoría interna o externa de las restricciones. De cualquier forma, se piensa de forma generalizada que los límites del derecho son inmanentes, si es que se adopta la posición de entender a los derechos como principios susceptibles de ponderación. Inclusive, el autor hace referencia a los conceptos de restricción y configuración, estimando que la distinción de esta última depende precisamente de cuál sea el objeto de la configuración del derecho fundamental, en donde la provisión de vinculación —o no— del legislador con el contenido material del derecho viene a concretarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, aunque, explica, son dos formas diferentes de describir exactamente el mismo fenómeno.

Igualmente, centra parte del debate en que, además del procedimiento de ponderación, se debe tomar en cuenta qué normas *prima facie* son objeto de ponderación y cómo estas son sopesadas entre sí. Por ello, apunta que el error de las teorías fundadas en la ponderación como medio para la determinación del contenido de derechos pretendidamente no limitables consiste en la excesiva focalización del extremo de la protección definitiva de los derechos fundamentales.

³⁰ *Ibidem*, p. 255.

Así, como aquí se sostiene, plantea que cada intervención en el derecho fundamental que genere un trato desigual necesita de una justificación. Dicha intervención está justificada cuando el tratamiento desigual es proporcional en sentido amplio, por eso, en su opinión, la teoría de los principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales.³¹

3.7. LAS RESTRICCIONES: SU CONFIGURACIÓN E INTERPRETACIÓN

Alexy reconoce que no solo los principios o derechos fundamentales son sujetos de restricción, sino que claramente sus restricciones también son limitadas. Una restricción a un derecho solo es admisible en la medida en que en el caso concreto corresponda un peso mayor a los principios contrapuestos, razón por la cual, los derechos son restricciones en sí mismos y existe la posibilidad de restringirlos.

Una restricción de ese tipo, que podría llamarse una limitante a la restricción del derecho, es aquella que, por ejemplo, impone no afectar el contenido esencial de algunos derechos fundamentales. Con esta idea se persigue que no pueda privarse de manera total un derecho fundamental, al imponer que no se afecte su contenido esencial. Si los derechos como tal son primariamente posiciones del individuo, es pertinente entonces tener en mente que cuando se impone no afectar el derecho en su contenido esencial, ello se traduce en una limitante para la operatividad interpretativa de la restricción.

Para ello, al momento de analizar cuándo se afecta el contenido esencial se debe recurrir al principio de proporcionalidad para advertir cuál es el núcleo del derecho que en ningún caso puede ser afectado.

³¹ Véase Borowski, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 59, mayo-agosto 2000, pp. 29-56.

Lo que está detrás de la idea de Alexy es que toda restricción puede constituir, en alguna medida, una limitante al vínculo con las propias disposiciones del orden constitucional, especialmente aquellas que tienden a salvaguardar derechos, con la finalidad de hacer congruentes esas restricciones con el sistema de protección de derechos.

Por eso, bien podría pensarse que cada restricción, cuando el caso lo justifique, puede tener limitantes en diversas intensidades —algunas más bajas, otras más altas, incluso algunas intermedias, según sea la disposición restrictiva que se prevea—, con el objeto de que estén sujetas a la coherencia lógica que deben guardar con el orden constitucional, siempre al tamiz, por mínimo que sea, del respeto precisamente de los derechos que se encuentren en juego.

Esta no es cosa nueva en otras latitudes. Por ejemplo, en la sentencia BVerfGE 28, 243, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania sostuvo respecto de las restricciones que “teniendo en cuenta la unidad de la Constitución y la totalidad del orden de valores protegido en ella, los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional pueden excepcionalmente limitar, en aspectos particulares, también derechos fundamentales irrestringibles”.

Si se parte de la idea de que ningún derecho fundamental está garantizado de forma ilimitada, surge la pregunta de cómo y bajo qué características se justifica la reserva del ejercicio de los derechos. El primer requisito es que las propias restricciones sean de corte constitucional o convencional, como lo son los derechos que limitan, pero también está la posibilidad de que tales restricciones vayan en diversas direcciones.

Las restricciones son concretas, por eso dependen del derecho hacia el que se dirigen, de ahí que la comprensión que inquieta sobre las restricciones es la determinación de sus propios límites materiales y, por ende, la consecuente especificidad interpretativa que se actualiza en la limitación del contenido del derecho.

En otras palabras, el interrogante que por lo regular está presente es hasta dónde llega el contenido de validez restrictivo a

partir del ámbito normativo en relación con lo protegido por el derecho; cuestión que solo puede dilucidarse mediante una interpretación contemporánea constructivista y hermenéutica en los términos que, según se ha dicho, es la forma más plural y racional en que puede comprenderse epistemológicamente el derecho en la actualidad.

Esta interpretación depende en todo momento de un test en el que exista la posibilidad abierta de intercambiar información real y oportuna sobre los motivos que dieron lugar a la restricción, pero que también son útiles para ponderar normativamente su efectividad en la estructura del diseño constitucional.

Cabe recordar que un derecho *prima facie* es aquel que llega solo hasta donde llegue el supuesto de hecho a que él se refiere y vale como derecho definitivo solo en la medida en que no esté comprendido por una restricción. En caso de que esta exista, se enfrenta a un proceso ponderativo cuando se presenta en relación con el derecho de un tercero, pero cuando responde a una limitante constitucional, esta se encuentra necesariamente compelida a justificar la razón de su existencia.³²

En toda democracia constitucional, los Estados no pueden pretender proteger todas las libertades de forma ilimitada, por eso se establecen restricciones. La forma en que ha de constituirse la limitación del derecho es lo que preocupa en mayor medida al ejercicio de interpretación, porque de ello depende la legitimación y validez de la restricción establecida.

La tarea difícil, reconocen varios autores —entre ellos Rüfner, al que se refiere Alexy—, es que el intérprete tiene a su cargo delimitar correctamente el ámbito de protección del derecho fundamental restringido.³³ Ahí es donde se reconoce cuál es el

³² De acuerdo con Dworkin, en materia de restricciones constitucionales, existen dentro del sistema de precedentes estadounidense las llamadas *compelling reasons*, las cuales indican que los derechos pueden ser limitados apelando a la existencia de razones imperativas. Surgen cuando el Estado limita un derecho constitucional para proteger algo que considera intrínsecamente valioso para la comunidad. Bonorino, Pablo, *op. cit.*, pp. 138-140.

³³ *Ibidem*, p. 278.

ámbito de protección de los diferentes derechos fundamentales y valores constitucionales que entran en pugna con la restricción.

Es decir, el intérprete busca las razones detrás de las cuales descansa la justificación, para válidamente dejar en segundo plano la protección del derecho fundamental de que se trate. Sin duda, la cuestión es cada vez más compleja, si se toma en cuenta que la problemática más inquietante sobre los derechos fundamentales es de inherente ambigüedad para su protección y, por ende, ante su continua expansión también surge el problema de que se extienda en mayor medida la competencia de los tribunales constitucionales que determinen sus contenidos y límites.

La distinción más clara en la configuración de las restricciones es que estas no están previstas por el derecho ordinario, sino que exigen una fundamentación y previsión constitucional, de ahí que precisamente una norma que restringe un derecho deba justificarse correlativamente. Por eso se dice que las normas que no tienen nada que ver con un derecho fundamental no son normas restrictivas ni tendentes a configurar alguna restricción.

Para Alexy, restricción y configuración tienen diferencias. Para empezar, se suele encontrar un primer punto de partida en las disposiciones de derecho fundamental con las que se dice que algo puede o tiene que ser regulado/determinado en virtud de una ley, pero hay quienes no están de acuerdo con él, por ejemplo, Häberle, quien señala que todos los derechos son susceptibles y necesitan no solo de una restricción legal, sino también de una configuración legal, es decir, el autor no solo extiende el ámbito de la configuración a todos los derechos fundamentales, sino que la utiliza también como un concepto muy amplio para realizar los derechos fundamentales en la vida social, objetivo de la Constitución.

En esa tesitura, lo que se deduce con Häberle es que para lograr ese objetivo mediante la configuración se necesita de la legislación, al margen de que ello deba señalarse antes como fundamento en la Constitución, para servir de médium y medio para la realidad social.³⁴

³⁴ *Ibidem*, p. 290.

En opinión de Alexy, cuando algo es restrictivo desde un punto de vista normativo, sigue siendo restrictivo aun cuando desde algún otro punto de vista sea configurador, de modo que detrás de esa explicación, para el profesor alemán no se hablaría de una distinción tan semántica de la forma en que lo hace Häberle, al pretender que los derechos se restrinjan mediante una instrumentación que se refleje en la norma, cuando precisamente es una norma constitucional la que le da origen a esa limitación.

En otras palabras, es claro que cuando se habla de una configuración limitativa de un derecho fundamental se hace referencia precisamente a la restricción a la cual está sujeto.

En otro punto, como última parte de la clasificación de las restricciones, están aquellas que pueden ser relativas o absolutas, con la aclaración de que incluso las segundas suelen aceptar algún grado de análisis, pero quizás bajo un enfoque menos intenso de control.

Las restricciones relativas son aquellas cuyo fundamento constitucional deja un margen más abierto de acción para el desarrollo del contenido del derecho fundamental.

Por su parte, las restricciones absolutas son las que desde el primer momento tienden a reducir en mayor medida la acción para el desarrollo o ejercicio del contenido del derecho en cuestión.

Las dos, por orden lógico de sometimiento al orden constitucional, pueden estar sujetas a diversas formas de control, especialmente desde un enfoque de protección de derechos, como en el caso mexicano sería el juicio de amparo, recurso que tiende a la tutela efectiva de los derechos.

Asimismo, bajo la idea de que las restricciones, al depender del escenario constitucional y su dinámica, tienen por objeto lograr un equilibrio y armonía con los demás contenidos constitucionales, sus alcances deben delimitarse mediante la interpretación hermenéutica que se haga de estas, lo que dependerá en cada caso del nivel de intensidad que se aplique en ese control interpretativo jurisdiccional (bajo, intermedio o alto), de conformidad con el test y lineamientos que más adelante se proponen.

Desde luego que las restricciones ameritan interpretarse por medio de los operadores jurídicos de corte constitucional, ya que son los encargados de asumir la difícil tarea de la defensa de los derechos en los países que están en vías de consolidación democrática.

La forma más adecuada es mediante el control de constitucionalidad bajo un test de oportunidad, que pueda desarrollarse en distintas intensidades pero siempre regido por un mismo parámetro previsible con la intención de evaluar su contenido, alcances y resultados reales en la dinámica limitativa de los derechos.

Muy probablemente, un esquema como este sea criticado como una suerte de activismo judicial, pero en realidad no lo es, dado que existen matizadas diferencias que permiten calificar la interpretación que se propone desde un enfoque más cercano al control constitucional y convencional coherente con las propias pautas normativas constitucionales y convencionales que lo posibilitan.

Por lo regular, no existe un consenso homogéneo de qué significa ese activismo. La mayoría parte de la idea de que es un rol que asumen las cortes constitucionales en pro de la defensa de los derechos fundamentales, ahí donde existen violaciones sistemáticas y persistentes de tales derechos.

De esa manera se concibe como un insistente modelo de justicia social en el que se llega al extremo de profundizar, a veces sin causa pedida, en violaciones de derechos y cuyo resultado implica un desbordamiento de los puntos de un litigio constitucional que señalan al poder judicial como un participante activo en las decisiones políticas de las democracias occidentales.

Keenan Kmiec se ha preocupado por la idea del activismo judicial, fenómeno que, en su concepto, es motivo de una connotación negativa actualmente —por lo menos en Estados Unidos—, asociado al mal uso de la autoridad por parte de los jueces.³⁵

³⁵ Véase Kmiec, Keenan, “The origin and current meanings of judicial activism”, en *California Law Review*, núm. 92 (5), 2004, pp. 1441-1477.

Eventualmente, con Schlesinger, esa concepción se aumentó al caracterizarse al activismo como la actividad de aquellos jueces quienes desde la política permeaban sus decisiones; mientras que los jueces no activistas, o *self-restraint*, eran los que se ubicaban como meros aplicadores de la ley.³⁶

Parte de la caracterización sostenida por Schlesinger redundó en crear una imagen negativa del activismo judicial, pensándose que las decisiones de un juez que se desviaran de la ley serían interpretadas como decisiones influenciadas por sus intereses particulares y no por la estricta interpretación del texto de la ley.

Hay quienes asocian la etapa inicial del activismo con la defensa de los derechos civiles realizada por la Corte Suprema estadounidense, presidida por el juez Earl Warren, Tribunal al que se le consideró activista por excelencia, ya que durante muchos años defendió los derechos políticos, sociales y económicos de los ciudadanos, teniendo como máxima expresión la eliminación de la segregación racial desde el conocido fallo *Brown vs. Board of Education*.³⁷

Sin embargo, en la actualidad, la defensa de los derechos civiles no es la única forma asociada al activismo judicial, ya que gran parte de la literatura reconoce una dimensión importante de tal fenómeno cada vez que una Corte declara inconstitucional una norma aprobada por otras ramas del gobierno, o bien, en materia de protección de los derechos de igualdad y no discriminación, especialmente aquellas enfocadas en mujeres y diferencias raciales.³⁸

Al margen de tales diferencias, poco debate ha habido para crear una noción más sofisticada sobre el activismo judicial que permita identificar cuándo se puede ubicar a un juez con ese carácter.

³⁶ Véase Green, Craig, "An intellectual history of judicial activism", en *Emory Law Journal*, núm. 58 (5), 2009, pp. 1195-1264.

³⁷ Véase Lindquist, Stefanie y Croos, Frank, *Measuring judicial activism*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

³⁸ Véase Taylor, Matthew, *Judigin policy. Courts and policy reform in democratic Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2008.

McWhinney propuso, recuerda Kmiec, cambiar la noción dicotómica del concepto activista *versus restraint* por un entendimiento continuo que permitiera identificar diversos grados de activismo, elemento que ha permitido diferenciar aquellas cortes que de manera sistemática declaran inconstitucionales las normas —plenamente activistas— de aquellas que solo lo hacen de manera eventual —bajo activismo judicial—.

Aunque esa noción ha tenido poco desarrollo en los estudios académicos, como lo recuerdan Valderrama y Castagnola,³⁹ sirve para identificar que no todo activismo es aquel que anula o revierte una norma aprobada por otros órdenes de gobierno. Para ello, autores como Sunstein plantearon que las cortes activistas serían aquellas que declararan inconstitucional una norma cuando en realidad no lo es.⁴⁰

Asimismo, se ha dicho que una definición de esa naturaleza no permite apreciar claramente cuándo una Corte es activista, porque en todo caso, cualquier tribunal podrá ser calificado como tal, según la postura ideológica que se tenga hacia determinada figura que se analice.

A causa de ello, recuerdan Valderrama y Castagnola, el concepto de activismo se comenzó a plantear como una noción multidimensional. Canon, por ejemplo, identificó que era necesario ubicar diferentes dimensiones del activismo judicial para entender la complejidad del fenómeno.⁴¹ Trabajos de esa naturaleza dieron oportunidad para señalar algunas de las principales dimensiones del activismo.

Antes de pasar a tal explicación, cabe decir que hay quienes —como Young— opinan que en realidad lo único persistente es la

³⁹ Véase Valderrama, Augusto y Castagnola, Andrea, “Cortes activas en la defensa de los derechos humanos: evolución de la política sobre los desplazados en Colombia”, en Ansolabehere, Karina *et al.* (coords.), *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, México, Flasco, 2015, pp. 73-99.

⁴⁰ Véase Sustein, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴¹ Véase Canon, Bradley, “Defining the dimensions of judicial activism”, en *Judicature*, núm. 66 (6), 1983, pp. 235-246.

dificultad de definir al activismo, ya que, en su perspectiva, termina siendo un epíteto, es decir, que se considera solo como una característica del poder judicial, un adjetivo de la actividad judicial en general que no identifica una particularidad realmente.⁴²

La primera dimensión del activismo está relacionada con la posición filosófica del juez al momento de decidir, ya sea que adopte un enfoque minimalista o maximalista. Los primeros serían aquellos cuya meta no es responder en sus fallos a grandes interrogantes filosóficos ni realizar cambios en las leyes existentes, sino meramente concentrarse en el tema en discusión, mientras que lo opuesto pasaría con los jueces maximalistas, que en función de casos particulares tienden a abordar y resolver grandes interrogantes de ese calado y con ello generar cambios en las leyes existentes, por lo que los últimos serían los jueces activistas.

Una posición de ese tipo puede errar en olvidar que, como indica Dworkin, en ocasiones es necesario que los jueces partan de nociones filosóficas elementales para identificar a fondo qué es lo que están resolviendo. Sin embargo, en materia de interpretación de restricciones, si bien el modelo propuesto no es incompatible con esta postura del activismo judicial, lo cierto es que busca integrar una explicación acerca de la necesidad y oportunidad de la restricción en participación con otros órganos del Estado y no de manera aislada. De hecho, quizás es por ello que una posición o noción filosófica acerca de las condiciones que rodean a la restricción sea siempre bienvenida.

La segunda dimensión supone no respetar el precedente. Los jueces activistas serían entonces aquellos que no respetan las decisiones tomadas por otras cortes sobre la materia, con la finalidad de evitar que se perpetúe el *statu quo* preexistente.

Una interpretación sobre las restricciones de esa índole no tendría cabida en el modelo del test de oportunidad, en virtud de que —al margen de las consecuencias que derivaría la falta de observancia de un precedente con el carácter de jurisprudencia— habría que tenerse en cuenta que precisamente el trasfondo de

⁴² Véase Young, Ernest, “Judicial activism and conservative politics”, en *University of Colorado Law Review*, núm. 73 (4), 2002, pp. 1139-1216.

dicho modelo es evitar la perpetuación del *statu quo*, pero desde un enfoque deliberativo, racional, plural y medible con cierto grado de participación de otros órganos del Estado, además de no obstaculizar el principio de universalidad que rige en el modelo argumentativo contemporáneo.

La tercera dimensión del activismo está vinculada a la capacidad institucional de las cortes sobre los temas que pueden decidir. Aquellos tribunales que tienen mayores facultades sobre la agenda pueden ser activistas, mientras que aquellos que poseen facultades restringidas no lo podrían ser.

El test de oportunidad propuesto se origina con base en un elemento interpretativo en materia convencional que impone la necesidad de que los tribunales ajusten sus decisiones a requerimientos comunitarios que solo ellos pueden identificar, de modo que su posición institucional está enmarcada precisamente por un acotamiento de sus facultades de decisión, en tanto que el origen del test surge de la sujeción a las cláusulas constitucionales y convencionales que se han interpretado. Esto revela que, más allá de plantearse un test que permita que los jueces antepongan sus posiciones de interés ideológico personal, debe existir una clara delimitación de que sus decisiones harán prevalecer en todo momento lo escrito en la Constitución. Ello, claro está, sin que tal forma de conducirse les imponga un límite, para que por los conductos necesarios hagan llegar a los órganos competentes el resultado de validación sobre la legitimación y justificación de las restricciones, como más adelante se explicará.

En ese orden de ideas, vale agregar que si bien se comparte que los jueces son quienes entran en escena en la interpretación para revertir las violaciones de los derechos en aras de potenciar su mayor tutela, lo cierto es que un modelo como el planteado —aunque no desconoce las posiciones o filiaciones teóricas de cada juzgador en materia de filosofía política sobre temas de justicia— en el fondo busca desarrollar un mecanismo de control de la intensidad de cada restricción, acorde con la legitimidad y justificación actual de esta, a la par que implica avanzar hacia un modelo de justicia liberal que supere las restricciones adoptadas en función de una visión comunitarista, siempre mediante los canales institucionales adecuados y desde una documentada

explicación que aclare si la restricción ha cumplido o no con su objeto. Desde esa premisa, puede plantearse su eventual transformación, dado el límite temporal de resultados al que ideal y racionalmente debe encontrarse sujeta.

3.8. LAS RESTRICCIONES Y EL PRINCIPIO PRO PERSONA

Como es de sobra conocido, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y lo resuelto en el expediente varios 912/2010 modificaron por completo la comprensión que se tenía acerca de la justicia constitucional en México.

Este nuevo contexto ha causado infinidad de debates que permiten poner en cuestión prácticamente todo el andamiaje sobre el que descansaban las más connotadas prácticas e interpretaciones de la materia constitucional, en tanto que el discurso de los derechos humanos ha causado que pueda preguntarse a los tribunales si el esquema de validez de las normas y actos del poder es susceptible de análisis más allá de los límites formales previstos en la Constitución.

Parte de ese debate se ha originado precisamente con la incorporación del llamado principio pro persona en el sistema jurídico mexicano, en virtud de que su inclusión al archipiélago constitucional tiene por objeto reconocer que la protección de los derechos de las personas debe hacerse de la forma más amplia posible, o bien, la restricción de estos debe funcionar de la manera más limitada posible.

Pero con motivo de lo decidido en otro caso paradigmático, la contradicción de tesis 293/2011, se ha cuestionado cuáles son los verdaderos alcances del principio pro persona en el sistema jurídico mexicano, en razón de que, además de que en dicha sentencia no se resolvió claramente acerca de la posición y fuerza normativa que guardan los tratados internacionales en relación con la Constitución mexicana, se estableció que siempre que exista una restricción en el texto constitucional debe atenderse prioritariamente a esta, cosa que para muchos académicos mexicanos representa una clara limitación a la eficaz operación del principio pro persona.

En efecto, varios académicos del país se han manifestado inconformes con tal decisión, al grado de que se ha calificado a dicha resolución como contradictoria, pues, por una parte, en ella se sostiene que la Constitución y las normas de derechos humanos contenidas en los tratados tienen el mismo valor normativo, dado que entre los derechos no existe una relación de jerarquía normativa y, por otro, se establece que las normas constitucionales deben prevalecer en caso de conflicto, de modo que en realidad no existe una igualdad entre las normas aludidas.

Con ello se hace una afirmación implícita de que existe una subordinación de las normas internacionales de derechos humanos en relación con el texto constitucional, dado que expresamente se determinó que en materia de restricciones de los derechos debe prevalecer la Constitución.

Por ello, ese enfoque restrictivo de los derechos prioriza la restricción constitucional en perjuicio de una visión más garantista en la protección de los derechos, lo cual implica que exista entonces una vulneración al principio pro persona, ya que en realidad no hay forma de favorecer una protección más amplia para los derechos.

Para muchos, este escenario genera una contradicción lógica en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, ya que finalmente el problema de las restricciones, además de atentar contra el principio pro persona, siempre debe resolverse bajo el criterio jerárquico de *lex superior*. En otras palabras, la Constitución siempre será la norma que derrote a otra, incluso cuando prevea una protección reducida o restringida para algún derecho.

De hecho, se considera que con ello la Corte ha establecido una interpretación excesivamente rígida en materia del principio de supremacía constitucional, dejando de lado el valor previsto para el principio pro persona. Por consiguiente, no existe un plano de igualdad —como supuestamente se indicó en la citada contradicción— entre las normas de derechos humanos de fuente internacional y las previstas en la carta constitucional.

Este hecho impulsó al ministro Cossío a inconformarse en contra de dicha determinación, al considerar que con la introducción de un orden jerárquico como criterio de solución a la norma constitucional se violaba el principio pro persona, debido

a que, en realidad, no existía un parámetro de igualdad entre las normas internacionales y el texto constitucional⁴³ —consideraciones por las cuales es necesario abordar algunas explicaciones previas en relación con el principio pro persona— para después exponer cuál es la forma en que esta investigación justifica una opción legítima para la anterior resolución, que si bien se genera desde un enfoque comunitarista, su propósito tiende a impulsar paulatinamente un contexto cada vez menos restrictivo en materia de derechos humanos.

El desarrollo y evolución que representa para el sistema jurídico mexicano el principio pro persona depende prácticamente de lo que hagan los jueces. Son ellos quienes, conscientes de su función ética, podrán interpretar desde un nuevo enfoque los principios constitucionales para dar vigencia al tan aclamado cambio de paradigma constitucional.⁴⁴ En caso de que ellos no operen los nuevos métodos de interpretación, el cambio será *letra muerta*, como lo anunció el ministro Silva Meza.⁴⁵

Ahora conviene dar algunas pistas conceptuales sobre el principio pro persona: no se trata de preguntarse *qué es*, porque la forma en que este interrogante se formula supone una respuesta esencialista, siendo que por lo regular hay una definición casi unánime en cuanto a que dicho método de interpretación es, en sí mismo, una forma naturalmente jurídica para favorecer la protección de los derechos humanos.

⁴³ Ortega, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 105-127.

⁴⁴ En opinión de Vázquez, en realidad no ha ocurrido un cambio de paradigma en el sistema jurídico mexicano, sino que simplemente el llamado nuevo constitucionalismo, representado por un progreso acumulativo de la ciencia del Estado que transita del Estado legislativo a uno constitucional, no ha sufrido rupturas o anomalías que lo pongan en crisis, en los términos de Kuhn, de modo que en realidad no existe un nuevo paradigma, sino, *en todo caso, una concepción más fortalecida y superadora del positivismo jurídico decimonónico, "paleopositivista", ambos dentro del paradigma de la modernidad ilustrada*. Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, pp. XVI y XVII.

⁴⁵ Caballero, Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p. XXI.

Mucho se ha dicho en los últimos años sobre el principio pro persona. En la mayoría de los casos se cae en la afirmación simplificada de que se trata de una directriz interpretativa que por sí misma involucra una protección más extensiva de los derechos de las personas, definición que resulta insuficiente. Heidegger, por ejemplo, señala que el solo acto de preguntar *qué es* algo es tanto como descubrir al ente en sí mismo, como si sus propiedades ya estuvieran definidas por el solo hecho de ser ese algo.

Lo mismo sucede con el principio pro persona cuando se da por sentado que este se define a sí mismo, porque en él se descubre la verdadera y más eficaz forma como deben protegerse los derechos. Por ello, resulta insuficiente que una herramienta de tan amplio alcance descansa en una afirmación tautológica.

Por tal razón, se sostiene que en lugar de preguntar *qué es* el principio pro persona, es quizás más comprensible el cuestionarse *cómo* opera en la realidad jurídica. Desde ese enfoque se cuenta con un aval empírico, además de que permite tener una aproximación dialéctica respecto a la forma en que se desdobra tal principio dentro de la práctica jurídica, pues su verdadero significado no se encuentra en la esencia que guarda, sino en entender los presupuestos de los cuales goza, su motivación y los elementos que lo constituyen, pero que no están enunciados por su propia naturaleza, sino que dependen en todo momento del ejercicio hermenéutico, el cual describe a la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete.

En otras palabras, el principio pro persona opera como un método interpretativo de naturaleza dialéctica y hermenéutica, en virtud de que su desarrollo en la práctica jurídica constituye un movimiento argumentativo entre la tradición y el intérprete, es decir, oscila entre la tradición jurídica del ordenamiento jurídico y la filiación teórica del juez que funge como su intérprete.

Aclarado ese punto, más filosófico que conceptual, podría decirse que la incorporación del principio pro persona en el ordenamiento constitucional representa un replanteamiento en las estructuras y categorías del pensamiento que regularmente ha servido a los jueces en la interpretación, pero sin que por ello

deban los intérpretes dejar de lado la posición teórica que tienen frente al derecho, ya que es a través de ellas que cada quien tiene una aproximación distinta en el ejercicio hermenéutico del que forma parte la operatividad de dicha herramienta constitucional.

El segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

En principio podría pensarse que la directriz para interpretar la Constitución mexicana y los tratados internacionales de forma tal que siempre se favorezca a las personas la protección más amplia es completamente novedosa, pero no es así, ya que, como lo recuerda Ximena Medellín, antaño han existido diversos criterios interpretativos de corte constitucional que buscan favorecer o proteger en la mayor medida posible a las personas, como lo son los principios *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, *pro libertatis* o *pro actione*. La diferencia entre estos con el principio *pro persona* es que suelen estar destinados a problemas más específicos, mientras que el primero pretende irradiar todo el sistema jurídico.⁴⁶

La misma autora puntualiza que el origen del principio *pro persona* puede rastrearse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El concepto se abordó por primera vez en el voto particular del juez Piza Escalante en la opinión consultiva OC-5/85 relativa a la colegiación obligatoria de periodistas, en la que se habló del *principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio pro homine)*.

Después, el juez extendió su afirmación en uno de sus votos adjuntos en la opinión consultiva OC-7/86:

[...] Un criterio fundamental que [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamen-

⁴⁶ Medellín, Ximena, *Principio pro persona*, México, SCJN, 2013, p. 16.

te las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción [...].

Para el juez Escalante, lo importante en cada uno de los casos es utilizar criterios de interpretación que respondan de manera particular a una protección más expansiva de los derechos en conflicto.

También es preciso poner en evidencia que para la interpretación expansiva puede recurrirse incluso a otras normas jurídicas, pero también se consideró necesario dar claridad a la premisa de que dicho principio no faculta a los intérpretes para ampliar las limitaciones en el ejercicio de los derechos con apoyo en otras normas jurídicas, puesto que el principio pro persona conlleva una dualidad. Según se advierte, por un lado plantea la necesidad de proteger en lo que más favorezca a la persona y, por el otro, impone ser restrictivo en las limitaciones que se establezcan para el ejercicio de los derechos.

Mónica Pinto indica que dicho principio es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos.⁴⁷ Aunado a ello, puede considerarse que el juez Escalante vio al principio pro persona como una forma expansiva de interpretación porque la efectividad de los derechos exige ir aparejada de la propia legitimidad en el ejercicio del poder.

Con regularidad se dice que si bien el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no es la única norma internacional en la que se encuentra positivado el principio pro persona, sí ha sido la norma que más desarrollo ha tenido en la jurisprudencia interamericana.

Al respecto, en el caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*, la Corte IDH hizo un recuento sobre los distintos supuestos que engloba

⁴⁷ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Courtis, Cristián *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, 1997, p. 163.

dicha norma, a saber: a) determinar el contenido de distintas disposiciones de la CADH, incluido el alcance de las restricciones de las garantías establecidas en esta; b) establecer criterios de interpretación específicos de derechos humanos, y c) delimitar el alcance de la competencia consultiva de la propia Corte.

El objetivo que le asigna la referida Corte a dicho principio es dotar de mayor alcance a los derechos humanos y excluir cualquier interpretación que conduzca a restringir o limitar en mayor medida su ejercicio, justamente como lo había considerado el juez Escalante.

Por eso se suscribe lo que argumenta Ximena Medellín: que el principio pro persona en sentido estricto tiene como fin la protección eficaz de la persona, lo cual parece derivar del propio artículo 29 de la CADH, al deducir que ese es el propósito de dicho tratado internacional, pues la Corte IDH así lo reconoció en el caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*:

[...] Esta ha basado su jurisprudencia en el carácter especial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y, tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte [...].

Por lo regular, el principio pro persona va acompañado de la cláusula de interpretación conforme a la Constitución (al menos así sucede en la mayoría de los países latinoamericanos). José Luis Caballero apunta que tal cuestión puede advertirse en los artículos 23 y 424 de las constituciones de Venezuela y Ecuador, respectivamente. Su posición viene dada en clave interpretativa, porque en ella radica el reconocimiento normativo de que los derechos humanos son principios afincados en posiciones axiológicas que se han ido decantando en normas, cuya clave de aplicación es eminentemente hermenéutica y tendente a la integración

de un referente cada vez más protector de los valores que tutelan dichas normas.⁴⁸

Guastini es partidario de que la interpretación conforme es un elemento central en el proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos. Para el filósofo italiano, ese tipo de interpretación es una de las siete condiciones necesarias para poder afirmar que un sistema jurídico ha sido impregnado por normas constitucionales, además de indicar lo siguiente:

[...] No existe un texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de su interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Por otro lado, si usamos el vocablo ‘norma’ para referirnos no al texto mismo, sino a su significado, podemos decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa. Pues bien, sucede frecuentemente que cierta disposición legislativa —interpretada *in abstracto*— (es decir, simplemente leyendo el texto) o *in concreto* (es decir, en ocasión de una controversia específica)— es susceptible de dos interpretaciones; la primera, N1, contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, N2, por el contrario, es del todo conforme con la Constitución. La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecúa, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución [...].⁴⁹

Para lograr una comunión entre la interpretación conforme y la interpretación con base en el principio *pro persona* es necesario desarraigar la añeja postura de que eso se puede lograr con solo aplicar la Constitución. Hoy en día, la importancia normativa de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano juega un papel indispensable, dado que estos contribuyen a identificar mejor la forma en que la protección de los derechos puede ser más eficaz.

El tema suena novedoso en nuestra región, pero la verdad es que ha sido tratado desde hace más de dos décadas en España,

⁴⁸ Caballero, Luis, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁴⁹ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003, pp. 154-164.

por ejemplo, en la sentencia 64/1991, dictada el 22 de marzo de ese año, en la que el Tribunal Constitucional español determinó sobre dicho tópico:

[...] La interpretación a que alude el artículo 10.2 de la Constitución española no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. La validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse solo por referencia a los preceptos constitucionales que reconoce los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y los acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [...].

Pero no se trata solo de acudir a los tratados, sino de aplicar la jurisprudencia internacional también, por lo menos la que nos atañe en México por pertenecer al Sistema Interamericano. La jurisprudencia como elemento integrador de los derechos humanos sirve para expandir el contenido mínimo de las normas que los contemplan. Un claro ejemplo puede ser la cláusula antidiscriminatoria por el factor de la orientación sexual, pues la cláusula mínima de prohibición por esa categoría sospechosa ha tenido mayor visibilidad a partir de pronunciamientos paradigmáticos que ha hecho la Corte IDH.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* se señaló:

[...] La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...].

La Corte IDH muestra que a pesar de que el factor de prohibición de discriminación por orientación sexual no está expresamente establecido en la CADH, el derecho internacional de los

derechos humanos exige una interpretación evolutiva para lograr una protección de los derechos más eficaz, concretamente el derecho a la igualdad.

Además, con la constitucionalización de los tratados internacionales en materia de derechos humanos se abre la puerta a la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana, como lo ha sostenido el Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011. Ello principalmente porque, con la incorporación de dichos tratados al sistema jurídico mexicano, inevitablemente se impulsa la recepción interna de lo que se determina en esos tratados por la vía jurisprudencial. De igual manera, lo decidido por los tribunales internacionales es útil para documentar el contenido de los derechos que se encuentra integrado por los precedentes que se generan en cada caso, cuestión mediante la cual es posible armonizar, integrar y expandir los derechos humanos en sede doméstica.

Para Luis Caballero, el diseño constitucional que impera en la actualidad es suficiente para solventar la compleja función que representa la protección de los derechos humanos, siempre que los intérpretes se sirvan de las guías antes señaladas. El autor considera que el modelo adoptado por el artículo 1 de la carta constitucional sigue el tono de los desarrollos constitucionales contemporáneos, dado que impone como deber a las autoridades judiciales aplicar como criterios de interpretación el principio *pro persona* y la interpretación conforme, modelo combinado que, en su concepto, permite dar relevancia constitucional a las normas internacionales como parámetro de protección de los derechos, situación que se complementa con la posibilidad de aplicar de forma más efectiva el control convencional.⁵⁰

Así, se tiene que el principio *pro persona* no puede ser leído y aplicado desde un criterio meramente formal, sino que requiere que su ejercicio hermenéutico tenga una correlación normativa entre la fuente normativa nacional y la internacional. No es posible tomar como referente a la Constitución mexicana sin tener en cuenta a los tratados internacionales, ni tampoco es procedente considerar solo la jurisprudencia nacional sin relacionarla o ali-

⁵⁰ Caballero, Luis, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

mentarla con la jurisprudencia interamericana. El ejercicio hermenéutico del principio pro persona, como se ha dicho, requiere de movimientos argumentativos que van y vienen, que son dialécticos y que, por ende, generan una constante comunicación que fomenta y construye una contextualización más flexible en la protección de los derechos.

La idea central, entonces, es que el principio pro persona funge como criterio orientador, no porque sea en sí mismo protector, pues requiere de los contenidos mínimos normativos que se predicán sobre determinados derechos (lo que llamaríamos el *corpus jurídico*), de cuyas normas existe la posibilidad de ampliar el contenido de los derechos, ya sea reenviándose a otros ordenamientos —como pueden ser los tratados internacionales—, o bien, a consultas relacionadas con estos sobre lo establecido por la jurisprudencia interamericana, para que, con base en esa tradición jurídica ya adoptada en cada fuente del derecho, sea el juez quien, según su posición teórica y ética, colme de contenido esa extensión protectora o delimite el ámbito menos restrictivo.

Las normas de derechos humanos vistas desde ese enfoque dan pauta para sostener que se trata de un *corpus iuris* sofisticado que requiere del empuje interpretativo de los jueces para alcanzar una mejor y más amplia protección, para lo cual, conscientes de su quehacer, plantean una ponderación *inter partes* en cada caso.

Si en la práctica interpretativa se toma con seriedad la forma en que opera el principio pro persona, tendrá que entenderse que al ser una pauta hermenéutica, de constante ejercicio dialéctico entre distintas fuentes del derecho —normativas y jurisprudenciales—, su forma de desarrollo exige un diálogo constante y horizontal entre dichas fuentes, con lo cual se desdibuja lentamente el modelo jerárquico que ha imperado en el sistema jurídico mexicano al amparo del artículo 133 de la Constitución.

Teniendo conciencia de dicho avance es que será posible armonizar en clave interpretativa y de forma conjunta las piezas normativas del texto constitucional. Bajo un esquema circular es factible superar las contradicciones que de ciertos supuestos existen en la carta constitucional, buscando con ello establecer

un diálogo racional con los intérpretes, guiándose siempre desde los principios de racionalidad que ofrece el objetivismo mínimo, como lo son el respeto a las libertades, la tutela por la igualdad y la protección de la dignidad humana, en cuanto parámetros normativos que bien pueden considerarse universales.

Así que en lugar de pensar en un esquema piramidal o jerárquico en la solución de conflictos, lo que se requiere es un desarrollo armónico y multinivel de los derechos humanos, en razón de que la mayor protección de estos solo es procedente al permitir una interacción entre las dimensiones normativas nacional e internacional, así como un diálogo jurisprudencial de naturaleza transconstitucional, para que del entramado interpretativo confluyan distintas opciones con base en las que se pueda elegir la que mayor favorezca la protección de los derechos.

Y es que para muchos no es posible aplicar un criterio de rigidez jerárquica entre las normas al principio pro persona. Hacerlo implicaría impedir que se cumpla la integración, propósito fundamental de aplicar las normas sobre los derechos humanos. En tal sentido, no podría existir una armonización si de antemano se excluye la posibilidad de que dicho principio opere como una pauta hermenéutica de integración del ordenamiento constitucional y sus rededores normativos.

Esto es así porque, en cierta medida, las antinomias que puedan surgir, incluso entre las propias normas constitucionales, no requieren una cláusula de cancelación anticipada en contra del principio pro persona, sino la posibilidad de que este funja como elemento interactivo en la ponderación de los principios en conflicto, dado que estos, como se dijo, no están exentos de regulación y limitación, al ser la muestra ejemplar de que un sistema jurídico solo puede ser eficaz en la medida en que haga compatibles los derechos fundamentales, sin que ello conlleve, claro está, la imposibilidad de pensar en una teoría legítima de la restricción de derechos, cuando las condiciones así lo justifiquen.

Es por eso que, como propone Ximena Medellín, se parte de que el principio pro persona sea entendido desde una perspectiva integracionista de los derechos humanos, más allá de un criterio jerárquico de distinción originaria de las normas en conflicto, ya

que el control constitucional/convencional no necesariamente implica una declaratoria de invalidez sobre una norma constitucional, pues el fin principal de la integración es ver cómo lograr una compatibilidad normativa, sea a través de la protección más eficaz o, en todo caso, mediante la mayor limitación de las restricciones en el ejercicio de los derechos.

La forma propuesta para articular las normas constitucionales que se encuentran en conflicto entre sí solo se debe a que la protección de los derechos humanos trasciende al principio de jerarquía normativa y, por tanto, es posible que cuando exista una disputa entre dichas normas, en lugar de apreciarse el conflicto en clave jerárquica, solo sea vista como una parte interrelacionada que busca hacer compatibles los fines del ordenamiento constitucional.

Entonces, no es difícil asumir que el principio pro persona, desarrollado en clave integracionista, plantea la necesidad de construir una avanzada protección de derechos, en la que las distintas fuentes de las que estos provengan no sean una limitante, sino un aliciente para un desarrollo mucho más documentado y abundante de sentencias que tendrán un alto impacto dentro del debate público. Con mayor razón si se tiene en cuenta que la integración también tiene como objetivo encontrar la forma más adecuada en que las fuentes del derecho se complementan entre sí, para ampliar el estándar mínimo en la protección de los derechos.

Por supuesto que, ante lo dicho, debe ponerse atención en que parte de lo argumentado plantea la necesidad de comenzar por incluir en el debate si la norma constitucional es susceptible de ser sometida a algún tipo de control jurisdiccional, ya que si se parte de que el principio pro persona no se limita *a priori* por el origen genético de las normas producto de las cuales surge el conflicto que requiere de su intervención, con ello de antemano se entiende que si el choque normativo tiene su origen en la Constitución, es esta la que amerita limitarse mediante un ejercicio del control convencional.

Para muchos, ese tema, además de absurdo, resulta novedoso dentro de la jurisdicción mexicana, sin embargo, no es del todo

cierto que su discusión sea completamente nueva. De hecho, desde hace algunos años se defendió un trabajo en el que ya se planteaba la idea de que los jueces debían obligatoriamente interpretar las normas nacionales, incluidas las del texto constitucional, a la luz del *corpus iuris* interamericano, cuando alguna de ellas se encontrara en pugna con este.⁵¹

Incluso, la opinión se retomó del paradigmático voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que pronunció en el caso *Cabrera García y Flores Montiel vs. México*:

De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano e incluso a no aplicar aquellas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

No es para nada nuevo que la actividad de articular correctamente las disposiciones constitucionales, con el fin de lograr una mayor protección de los derechos humanos, en ocasiones pone de por medio la necesidad de controlar a la propia Constitución a partir de normas internacionales o inclusive de la jurisprudencia que se ha creado con base en esas normas.

El examen de si la Constitución es compatible con los más altos estándares de protección en materia de derechos humanos equivale a tratar a las disposiciones constitucionales como piezas normativas horizontales que forman parte del ordenamiento jurídico transconstitucional.

Quizás aun cuando la discusión es aparentemente nueva en la jurisdicción doméstica, lo importante no es solo preguntarnos

⁵¹ Véase Montoya, Ramsés, *Igualdad y derechos fundamentales. El paradigma de la igualdad constitucional*, Tesis de maestría, Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, 2012.

cuáles son los alcances que pueden darse a ese tipo de control convencional, sino si estos, al modular las restricciones de la Constitución, pueden ser los más óptimos para lograr la protección de los derechos de la forma más amplia y, si de restricciones se trata, que sea la menos invasiva.

Por eso, al margen de los debates que sobre este tema puedan surgir, el modesto propósito de esta obra no es ahondar en ello, sino poner sobre la mesa las bases de la forma en que se puede ir construyendo una teoría de las restricciones legítimas, dado que —aun cuando existen restricciones constitucionales— es claro que por lo regular estas han ameritado algún tipo de acotación en relación con su intensidad. De ahí que se entienda que de forma implícita se ha desarrollado un tipo de control jurisdiccional para modular las restricciones que impone la Constitución.

Así, la cuestión radica en identificar en qué escenario jurídico avalado por el modelo de convencionalidad pueden encontrar alguna justificación las restricciones constitucionales en materia de derechos y, en ese sentido, cuál es la metodología que debe aplicarse para su evaluación jurisdiccional, en aras de justificar que su inclusión normativa tiene un propósito proporcional y legítimo.

3.9. LAS RESTRICCIONES LEGALES DE DERECHOS Y SU INTERPRETACIÓN

Aunque en México no existe una teoría sobre las restricciones constitucionales, esto no ha impedido que haya diversos pronunciamientos sobre tal problemática, inclusive se han desarrollado algunos parámetros para analizar restricciones en casos particulares. Por ello, antes de la propuesta, es importante hacer un repaso al test general que opera para las restricciones de forma particularizada, que ha tenido eco en otras latitudes.

Cualquier derecho, en sus diversas expresiones, es susceptible de ser regulado, desarrollado y restringido. De hecho, en el derecho internacional de los derechos humanos hay una postura uniforme respecto a que la restricción es un tipo de límite legítimo para los derechos.

En materia de restricciones, hay quien sostiene que estas tienen el carácter de generales y permanentes.⁵² En contra de ello, parte de la propuesta que aquí se presenta considera que no todas las restricciones tienen por qué representarse como disposiciones pétreas de la Constitución, sino que en realidad deben responder a un test denominado *de oportunidad*, ya que con este se evalúa una serie de condiciones que las justifican hasta determinado momento, con la expectativa de que eventualmente dejen de limitar los derechos en los términos en que lo hacen.

Sobre esta base, se ha desarrollado la idea de que existe un test de restricción de derechos que obedece al concepto de razonabilidad o proporcionalidad en el tema de la protección y tutela de los derechos, cuyo objeto consiste precisamente en determinar si la restricción es razonable y proporcional. En la sentencia C-720/07, la Corte Constitucional colombiana indicó que, a falta de un instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción de derechos, los tribunales constitucionales deben adoptar la metodología establecida mediante el principio de proporcionalidad, cosa que, como más adelante se precisa, no se comparte, dado que este en realidad responde a una visión muy distinta de la que subyace al tema de las restricciones.

No obstante, lo que se destaca de dicho test es su propósito de someter a control constitucional las decisiones de los órganos políticos, al establecer restricciones a los derechos humanos para evitar comprometerlos a niveles desproporcionales o irrazonables de afectación en su contenido esencial.

Asimismo, es una herramienta útil, puesto que procura reducir la discrecionalidad judicial, tal como se advierte en el siguiente razonamiento:

[...] El juez se encuentra obligado a identificar y exponer públicamente, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se trata de evaluar si los medios dispuestos por las autoridades estatales suponen una intervención legítima en los derechos de los ciudada-

⁵² Véase Nash, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009.

nos o si, por el contrario, representan una vulneración injustificada de los mismos. Otra de las herramientas esenciales para lograr disminuir la discrecionalidad judicial es el respeto por el precedente judicial, salvo que existan razones suficientes que puedan justificar públicamente el cambio en la decisión [...].

El objeto de un test como ese radica justamente en aumentar los niveles de racionalidad judicial y previsibilidad para las personas. Por ello, se han propuesto siete requisitos que deben observarse siempre al realizar esta clase de ejercicios, que como enseguida se aprecia, constituyen la base sobre la que se ha construido el test, sin que su referencia necesariamente coincida con la propuesta aquí presentada.

Son siete las pautas o exigencias que se plantean para realizar el test de razonabilidad en materia de restricciones. En primer lugar, se sugiere que la restricción necesariamente debe estar establecida en una ley formal, lo cual, en palabras de Nash, responde al principio de legalidad, dado que su objeto es evitar imposiciones arbitrarias en la restricción por medio de formulaciones generales y, además, busca que esa restricción esté delimitada precisamente por un órgano democrático como es el Congreso,⁵³ en razón de que se constituye como la opinión mayoritaria de la nación que requiere promulgarse según el procedimiento de creación legislativa.

Por ello, la restricción debe formularse de manera clara y precisa, como lo determinó por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Sunday Times*,⁵⁴ ya que se requiere que las restricciones de derechos sean explícitas, es decir, no pueden obtenerse de forma implícita del texto legal, ni de manera indirecta.

El segundo requisito es que se justifique la actividad legislativa, lo que la Corte Interamericana denomina legitimidad del objeto de la restricción. Es decir, se requiere que el objetivo sea explícito en el texto legal, con la finalidad de que se conozca su necesidad y adecuación, para hacer el análisis correspondiente

⁵³ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁴ Pinto, Mónica, *op. cit.*, p. 167.

respecto a si la restricción es proporcional al objetivo buscado y de no señalarse, esta se considera ilegítima.

Por lo regular, el derecho internacional de los derechos humanos estima que la legitimidad del objetivo de la restricción requiere que la causa que se invoque también esté reconocida en los tratados internacionales. Entre las regularmente aceptadas están la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud, de la moral pública y los derechos o libertades de otros, tal como se estipula en el artículo 12.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad religiosa, o en el artículo 16.2 en materia de libertad de asociación, cuyas limitaciones pueden obedecer precisamente a motivos de seguridad nacional, seguridad pública, etcétera.

Aquí cabe abrir un paréntesis para indicar por qué urge separarse de este tipo de test en la investigación. Como destacan algunos tratadistas,⁵⁵ los objetivos de las restricciones son siempre indeterminados y tan abiertos que siempre quedan al margen de apreciación por parte del Estado —concepto en el que descansa precisamente la propuesta de este trabajo—, pero no sobre un test de proporcionalidad o razonabilidad, sino de oportunidad, al considerar que el citado test conlleva de antemano una contradicción en sí mismo, dado que justamente la restricción siempre tenderá a afectar en mayor proporción al derecho limitado. De ahí que no quepa hablar de la proporcionalidad, sino de una metodología distinta que valide las restricciones, no desde la medida de afectación que causa, sino desde el enfoque de su utilidad y oportunidad, como más adelante se apunta.

Además, más allá de que se acuda al margen de apreciación para definir qué significa el orden público o la seguridad nacional, entre otros de los conceptos indicados, lo importante es que es la herramienta convencional que ha avalado la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de restricción de derechos y, en

⁵⁵ Para consulta de estas y otras de las consideraciones que se tratan sobre el tema véase Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, IJ-UNAM, 2016.

consecuencia, se asume que es una herramienta metodológica que permite construir una teoría de las restricciones legítimas, al existir la posibilidad convencional, en armonía con el texto constitucional, de que ciertos derechos se encuentren limitados, en razón de la tutela y protección de otros bienes o derechos, los cuales, por lo regular, están enmarcados en fines colectivos, y por ello se considera que su anclaje teórico se encuentra en el comunitarismo.

Asimismo, una metodología como la sugerida —y más adelante desarrollada— supone reconocer que tales conceptos, bienes o fines colectivos requieren de una posición en la que el intérprete tiene un amplio margen de consideración, dado que precisamente, al tratarse de conceptos indeterminados, exigen que cada caso particular sea analizado de forma distinta y, por ende, también precisa de una argumentación hermenéutica muy amplia que tome en consideración una serie de datos y aspectos bastante complejos.

La idea de que un parámetro de proporcionalidad tiende a reducir la forma en que se ejerce la discrecionalidad judicial es errada, porque lo que se requiere realmente del intérprete es que, con base en ese margen amplio de interpretación, pueda, a partir del test de oportunidad, analizar en qué casos las restricciones encuentran una respuesta legítima adecuada al texto constitucional y el marco normativo convencional, o bien, en cuáles habrá de plantearse una evolución acorde con las circunstancias que motiven buscar que esa limitación sea superada.

Tales notas apoyan la idea de que es mejor contar con un test de oportunidad en el que los parámetros de evaluación sean distintos a los del test de proporcionalidad, ya que reconocen de antemano que la restricción supone justamente una invasión que afecta en mayor medida a un derecho pero, sobre todo, que en ese análisis existe un amplio margen de discrecionalidad para que pueda dilucidarse si la restricción debe permanecer o encaminarse hacia un rumbo distinto.

Incluso con una metodología de este tipo se sobreentiende que los derechos ameritan ciertas limitaciones para no atentar

en contra de la sociedad,⁵⁶ al igual que se asume como una obligación del Estado, precisamente con la finalidad de proteger con mayor amplitud los derechos de las personas.⁵⁷

En México, la interpretación no es distinta. Sobre esto se profundiza más adelante, por ahora cabe decir que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 172/2008, ha señalado que la restricción debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y estar justificada en razones constitucionales, dado que al analizar la regulación en materia de salubridad que imponía la obligación de que las cirugías estéticas y cosméticas se efectuaran solo por aquellos profesionales de la salud con títulos autorizados en tal disciplina, se explicó que tal disposición suponía una restricción legítima al derecho al trabajo establecido en la Constitución mexicana, con la que se buscaba proteger la salud pública.

Con ello se planteó claramente que las restricciones en el ejercicio de algún derecho fundamental pueden resultar admisibles siempre que su objetivo pueda enmarcarse en las propias previsiones de la carta constitucional.

Este requisito también implica ampliarse al contexto de los ordenamientos internacionales de protección de los derechos humanos, pues se busca precisamente que haya armonía y legitimidad entre aquellos objetivos que persiguen las restricciones de derechos y los que están previstos en las normas que se encargan de tutelarlos.

Volviendo a los requisitos, el tercero es, como lo define el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que el objetivo no solo sea legítimo, sino también necesario dentro de la sociedad democrática, lo cual tiene una estrecha relación, dice Vázquez,

⁵⁶ Moncayo, Guillermo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al derecho público argentino”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 65.

⁵⁷ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013, pp. 64-71.

con la idea de bien común,⁵⁸ en la que pesa fundamentalmente una visión comunitarista de la justicia.

En ese sentido, la necesidad, más allá de la utilidad o razonabilidad de la medida, exige que la restricción se entienda como una imperiosa interferencia que supone un beneficio real para la colectividad y para las condiciones de vida de la sociedad en general, que ayude a las personas a alcanzar mejores estándares de desarrollo personal dentro de un Estado democrático.

El cuarto elemento es que exista racionalidad entre medios y fines, o que la medida restrictiva sea idónea. Con ello se busca que la medida tenga una relación de causalidad clara con la limitación a partir de la cual se pueda ver un medio para arribar al objetivo legítimo que se busca. Es la identificación de un nexo de causalidad claro y explícito entre la restricción y el objetivo perseguido.

El quinto criterio es la necesidad de la restricción, que en nuestra óptica es idéntico al tercero. La diferencia para los tribunales es que con ello se busca verificar que la medida es la única alternativa para obtener el fin buscado por la restricción. Por tal motivo, recae sobre el Estado acreditar que no puede alcanzar la finalidad con medios distintos a los empleados.

El sexto punto es el de proporcionalidad, que, como se anunció, supone una contrariedad en sí mismo, ya que este principio busca que la restricción sea lo menos gravosa posible en proporción con el beneficio que se busca obtener del objetivo legítimo buscado.

Sin embargo, cualquier restricción supone ya una afectación en mayor medida de la que se tendría si no existiera, en virtud de que ante su ausencia, el derecho habría de disfrutarse en pleno goce, con los candados normativos necesarios para así lograrlo, de modo que, al hablarse de restricción, se asume una afectación gravosa en el goce y disfrute del derecho, en la medida en que, de ubicarse la balanza ante la inexistencia de esa medida, se tendría que el derecho habría de disfrutarse plenamente ante una no limitación.

⁵⁸ Vázquez, Daniel, *op. cit.*, p. 60.

Por ello, parece contradictorio pretender evaluar una restricción desde ese enfoque. En su lugar, se sugiere una alternativa con la cual no se persiga una afectación menos gravosa, sino una que resulte útil en función de los bienes colectivos que se buscan obtener, proteger o tutelar.

Si bien con este criterio se tiende en cierta medida a que no exista una vulneración en el núcleo o contenido esencial del derecho limitado, algún aspecto del derecho podrá resentir siempre una afectación, por lo que la distinción que existe no es la proporcionalidad, sino el grado de intensidad con el que puede constitucionalmente afectarse el derecho, en razón de que habrá una gradación que puede acotar la limitación del derecho. No obstante, ello no se traduce en que la afectación superior deje de existir (en el supuesto de que esta no existiera).

El último criterio busca que la restricción no se convierta en la anulación del derecho, es decir, que se respete su contenido esencial, aspecto que está enteramente vinculado con el tema de la proporcionalidad. Con esto se persigue que la limitación sea permisible, en la medida en que no vuelva nugatorio el ejercicio total del derecho. Es lo que muchos denominan los límites de la restricción y cuya forma interpretativa más óptima de entender es que existen diversas intensidades que operan en relación con cada restricción, con el fin de evitar que se traspasen ciertos contenidos en el ejercicio del derecho, lo cual está trazado en las observaciones generales 10 y 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Finalmente, otro elemento que descalifica esta metodología de análisis en materia de restricciones constitucionales es que se centra exclusivamente en las limitaciones que se imponen en la ley infraconstitucional, de ahí justamente que el primer principio aluda a la legalidad para constatar si en efecto la restricción proviene de un acto formalmente legislativo, condición que de antemano supone que el parámetro de análisis solo se constriñe a las limitaciones que impone la legislación ordinaria, sin poder extenderlo a las que se prevén por disposición constitucional, quizás ante lo novedoso que resultaba hace algunos años hablar de la posibilidad que existe de someter a control jurisdiccional las propias disposiciones constitucionales.

Igualmente, se asume que ante esa situación, el método de análisis no está diseñado para lidiar con las restricciones constitucionales, ya que más allá de establecer un análisis de proporcionalidad mediante la ponderación o balance de los derechos en juego, se busca con ello resolver sobre la validez constitucional de la norma que establece la restricción, cuando en materia constitucional ese control opera de forma distinta, al limitarse la materia de examen a determinar si la restricción es legítima, sin posibilidad de invalidarla en caso de que la disposición no atienda de forma legítima al objeto para el cual fue establecida, pues lo conducente no es dejarla sin valor normativo, sino matizarla con cierta intensidad, en aras de evitar una restricción que afecte en mayor medida el derecho, con la posibilidad de acudir ante la instancia democrática correspondiente para plantear la necesidad de evaluar la eficacia de tal restricción y buscar eventualmente su rediseño en el marco constitucional.

Por tanto, se insiste en que, en realidad, la metodología propuesta es ajena para evaluar y ponderar cuándo una restricción constitucional responde de manera legítima a los fines que busca, además de que con esta no se plantea tampoco en qué figura del derecho internacional de los derechos humanos descansa la posibilidad de que las restricciones constitucionales adquieran aval convencional ni mucho menos cómo debe procederse una vez que se cuenta con dicho respaldo normativo, razón adicional para proponer aquí una visión distinta que abra la puerta a una teoría legítima de las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos.

De hecho, varios autores mexicanos han propuesto que en materia de restricciones a derechos humanos deben cumplirse algunos estándares internacionales para determinar si una restricción constitucional es legítima o no. Entre ellos tenemos: *a)* que la restricción esté establecida expresamente en una ley; *b)* que el objetivo de la restricción sea legítimo, entre los cuales se identifica al orden público, seguridad nacional, seguridad pública, bien común, salud pública y derechos de terceros, y *c)* que sea proporcional, necesaria y adecuada.⁵⁹

⁵⁹ Medina, Alejandra; Salazar, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015, pp. 75-82.

Sin embargo, por todo lo explicado, parece que este tipo de metodología no responde al marco normativo de reconocimiento con el que los Estados pueden limitar derechos, bajo el margen nacional de apreciación, ni tampoco evalúa el elemento justificatorio de la restricción a la luz del tiempo que ha estado en el orden constitucional, pues pareciera que parten de la base de que se trata de cláusulas intangibles de la Constitución, cuando aquí se sostiene lo contrario (al menos respecto a varias de ellas).

3.10. LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES Y SU INTERPRETACIÓN EN MÉXICO

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existen diversas y variadas hipótesis en que se establecen restricciones en materia de derechos humanos. Sin el ánimo de ser exhaustivos, enseguida se mencionan algunas de las más recurrentes:

- a) en materia de libertad de expresión, en relación con no atacar la moral, la vida privada o los derechos de terceros, o bien, cuando se provoque algún delito o perturbe el orden público (prevista en el art. 6).
- b) en materia de libertad personal, en relación con la detención urgente en casos de flagrancia en la comisión de un delito (prevista en el art. 16).
- c) en materia de libertad personal, en relación con el arraigo en casos de delincuencia organizada (establecida también en el art. 16).
- d) en materia de intervención de comunicaciones privadas en casos de investigaciones a cargo de la autoridad ministerial federal (de acuerdo con el citado art. 16).
- e) en materia de libertad personal, con la prisión preventiva en casos especiales (permitida en términos de los arts. 18 y 19).
- f) en materia de comunicaciones privadas de los inculpados y sentenciados involucrados en delincuencia organizada y las medidas de vigilancia especial que podrán imponérseles dentro de los centros preventivos (de acuerdo con el art. 18).

- g) en materia de publicidad procesal de índole penal en casos en que, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos o menores, amerite excepcionalmente limitarse (de acuerdo con el art. 20, apartado B, frac. V).
- h) en materia del debido proceso, en relación con la práctica probatoria de careos en casos que involucren infantes o versen sobre delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada (de acuerdo con el art. 20, apartado C, frac. V).
- i) en materia de libertad personal y participación política, en relación con extranjeros (según lo establecido en el art. 33).
- j) en materia de voto pasivo y activo, en relación con la sujeción a un proceso penal y la extinción de una pena corporal impuesta por comisión delictiva (en términos de lo previsto en el art. 38, fracs. II y III).
- k) en materia de libertad de expresión política en relación con la garantía de que los recursos públicos de financiamiento para partidos políticos y contiendas electorales prevalezcan sobre los de origen privado (de acuerdo con el art. 41, frac. II).
- l) en materia de tutela de derechos por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en relación con actos provenientes del Poder Judicial de la Federación (de conformidad con el art. 102, apartado B, primer párrafo).
- m) en materia de tutela judicial efectiva, en relación con la no reinstalación de agentes del ministerio público, peritos o miembros de instituciones de seguridad pública o policiales, en caso de separación injustificada del cargo (de acuerdo con el art. 123, apartado B, frac. III).

Estas son algunas de las restricciones que pueden identificarse dentro del texto constitucional, a reserva de que existan otras, ya que este análisis no busca hacer un listado total de ellas, sino solo verificar que efectivamente existen varias hipótesis de limitación de derechos que la propia Constitución establece.

En materia de restricciones constitucionales han existido diversos pronunciamientos de la SCJN. Como punto de partida se

tiene la ya señalada contradicción de tesis 293/2011, en la que claramente se estableció que en materia de derechos humanos debe atenderse siempre en orden prioritario a la restricción que, sobre su goce y disfrute, establezca el texto constitucional, tema que abrió precisamente el debate en cuestión, para analizar en qué medida puede plantearse un método de análisis que sea congruente con dicha resolución, en especial, que pueda ir construyendo paulatinamente una teoría de las restricciones legítimas con la que se evalúe la permanencia de estas en el marco constitucional.

En el amparo directo en revisión 7/2015, de 12 de agosto de 2015, la Segunda Sala de la Corte, al determinar que la jurisprudencia establecida por ese órgano de la cúspide jurisdiccional no puede someterse a control constitucional, explicó que no puede aducirse la inconstitucionalidad de una norma que tiene su sustento directo y expreso en la carta fundamental.

Asimismo, se señaló que la pretensión de impugnar la constitucionalidad de un criterio jurisprudencial emitido por el Alto Tribunal implicaría una violación a los principios de certeza y seguridad jurídica, ya que lejos de dar congruencia y claridad al contenido del artículo 217 de la Ley de Amparo, se contravendría su mandato, generando con ello una sensación de inestabilidad e incertidumbre para los justiciables, pues los órganos jurisdiccionales obligados a aplicar la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte podrían incluso desconocer su contenido ante la inexistencia de una resolución definitiva e inatacable.

Esto ya había sido definido por dicho Tribunal, en el sentido de que la jurisprudencia que al efecto emitiera no era susceptible de someterse a control de constitucionalidad o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía.

En adición, la Corte explicó que cuando interpreta directamente un determinado precepto de la Constitución e integra la jurisprudencia respectiva, más aún en caso de las restricciones constitucionales —supuestos en los que los justiciables han intentado que los órganos jurisdiccionales desconozcan su alcance y sentido—, dichas disposiciones constitucionales no son susceptibles de ser impugnadas a través de un nuevo juicio de amparo o

mediante el recurso de revisión respectivo, pues tampoco es posible sujetar el propio texto de la ley fundamental a regularidad constitucional o convencional, ya que ello implicaría desconocer la supremacía constitucional y sujetar al constituyente al escrutinio de un órgano constituido.

En pocas palabras, con este señalamiento, la Corte indica que existe una limitación total de someter a control las normas constitucionales, en especial las que establecen alguna restricción.

En el amparo directo en revisión 4315/2014 se reiteró de forma más tajante tal criterio. En efecto, el 15 de abril de 2015, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional mexicano —en relación con la restricción señalada en el art. 123, apartado B, frac. XIII de la carta constitucional, específicamente en lo atinente a si la prima de antigüedad debe integrar la indemnización constitucional que debe otorgarse a los elementos de seguridad pública— identificó que el recurrente pretendía controvertir que el tribunal colegiado había interpretado incorrectamente tal disposición, dado que si bien los policías no tienen derecho a la reinstalación en casos de despido injustificado, sí tienen, por el contrario, las medidas de protección al salario, como la indemnización constitucional en la que se incluye la prima de antigüedad precisamente.

Con ello, la Sala advirtió que el recurrente proponía desaplicar las reglas de interpretación en relación con la restricción del citado artículo 123, apartado B, fracción XIII, para obtener una aplicación más favorable en su beneficio.

En ese sentido, el Tribunal determinó que la prohibición de reinstalar en su cargo a los miembros de instituciones policiales, prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo, constituye una restricción, limitación o excepción en sede constitucional, de ahí que no sea posible emprender un ejercicio de armonización o ponderación entre derechos humanos, pues al ser una restricción constitucional, es una condición infranqueable que no pierde su vigencia ni aplicación, ya que constituye una manifestación clara del constituyente permanente, que no es susceptible de revisión constitucional, al tratarse de una decisión soberana del Estado. Por tal razón, calificó de inoperantes tales argumentos.

En otro asunto, la Corte mantuvo la misma línea argumentativa, al delimitar que las restricciones constitucionales no son susceptibles de análisis en sede jurisdiccional, por lo cual, cualquier planteamiento al respecto debe calificarse como inoperante, al no resultar viable su análisis en cuanto al fondo del asunto.

El 8 de octubre de 2014, en el amparo directo en revisión 1607/2014, la Segunda Sala —al abordar una temática relacionada con el tratamiento diferenciado que en materia laboral se establece en el artículo 123 constitucional, según los cargos de confianza para los trabajadores del Estado— indicó que tal diferenciación jurídica estaba prevista por la propia Constitución mexicana y no por una legislación ordinaria.

De ahí que si la distinción es creada por un precepto constitucional, esta no puede resultar violatoria de otra disposición del mismo rango, dado que el artículo 1 de la carta magna no puede interpretarse de manera aislada respecto de los demás preceptos que integran el propio sistema normativo constitucional, como es su numeral 123, apartado B, fracción XIV.

Por ello, argumentó que los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1 no pueden analizarse a partir del contenido de normas que no hacen más que reflejar la distinción que una diversa norma de rango constitucional prevé.

Asimismo, determinó que son inoperantes los argumentos que pretenden la inaplicación de una restricción constitucional como la prevista en el citado numeral 123, en razón de que aun cuando un convenio internacional establezca una circunstancia en particular, la expresión del constituyente prevalece en todo caso y condición, frente a cualquier otra norma derivada, con independencia de que tenga el mismo nivel que la norma fundamental.

En ese sentido, retomó que ciertamente el Pleno de la Corte había reconocido que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales se encontraban al mismo nivel que los derechos reconocidos en la Constitución mexicana, conformando un mismo catálogo o cuerpo de derechos humanos sin hacer referencia a una cuestión jerárquica, pero cuando se está en presencia de una restricción, prohibición, limitación o excep-

ción constitucional, prevalece o tiene aplicación directa el texto de la norma fundamental frente a cualquier norma de carácter internacional.

De ahí que cualquier agravio que pretenda la desaplicación de una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional con apoyo en una disposición de carácter convencional, resulta inoperante, al tratarse, las primeras, de una expresión del constituyente que prevalece —en todo caso y condición— frente a cualquier otra norma derivada, con independencia de que esta tenga el mismo nivel que la norma fundamental.

De hecho, este criterio se recoge en cierta medida del amparo directo en revisión 32/2014, resuelto el 26 de febrero de 2014, en el cual la Segunda Sala ya había establecido que si bien la reforma que se hizo al artículo 1 de la Constitución implicaba un cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos (así como con la interpretación más favorable a la persona en el orden constitucional), ello no conlleva que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejecutar sus atribuciones y facultades de impartición de justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio solo implica que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, esta se aplique.

Sin embargo, ello no significa que dejarán de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen la función jurisdiccional, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función. Con ello, la Corte supone que ante cualquier disposición constitucional que se confronte con algún ordenamiento de protección de derechos humanos, la tendencia interpretativa siempre será atender prioritaria y completamente a lo dispuesto en la restricción.

Con estos pronunciamientos, la Suprema Corte estableció una línea interpretativa dirigida a que las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos son absolutas y, por consiguiente, no ameritan algún tipo de evaluación, lo cual, al margen de que sea poco sostenible, como se estudió en los ejemplos —en los que se han logrado matizar las restricciones en al-

gunas materias—, lo que importa es que ese tipo de explicaciones en realidad no abonan a la administración de justicia, porque detrás de la restricción no se establece un análisis legítimo que permita justificarlas frente a las personas.

Lo mismo ocurrió en la decisión del expediente varios 1396/2011, resuelto el 21 de abril de 2015, en el que el Pleno —por una mayoría de siete votos contra cuatro— explicó que para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación, en atención a las sentencias internacionales, es adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte IDH y aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o en los tratados.

Sin embargo, reiteró que si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, esta deberá prevalecer en términos de lo determinado por el Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011.

Bajo tal óptica, no es posible emprender un ejercicio ulterior de interpretación o armonización de derechos cuando en el texto de la carta fundamental exista alguna restricción expresa, pues subsiste el sentido de la misma.

Todo el desarrollo interpretativo del Tribunal se ha concentrado en prohibir cualquier tipo de control jurisdiccional sobre las restricciones constitucionales, sin buscar para ello la forma de justificarlas ni evaluarlas, dado que su posición argumentativa es que las restricciones tienen el carácter absoluto.

Sin embargo, existe una ejecutoria reciente dictada el 9 de septiembre de 2015, en la cual la Segunda Sala comienza a buscar una forma de justificar las restricciones y abre la puerta para reconocer que estas pueden modularse, lo que si bien no es nuevo —dado que otras restricciones han sido matizadas en diversa intensidad—, constituye el eslabón necesario para ligar la teoría de las restricciones legítimas que se propone en este capítulo, en razón de que permite ilustrar que, con base en la figura del margen de apreciación, se pueden justificar las restricciones y, al mismo tiempo, da pauta para proponer que dicha justificación

también sea susceptible de evaluación mediante el test de oportunidad.

En efecto, en el amparo en revisión 583/2015, la Suprema Corte señaló que el caso tenía por objeto resolver la inquietud de la parte recurrente relativa a que se había interpretado incorrectamente el numeral 123, Apartado A, fracción XXII y B, fracción IX, dado que, en su concepto, la indemnización a favor de los servidores públicos de carrera, en caso de despido injustificado, comprende a tres meses de sueldo y salarios vencidos.

Después de profundizar sobre diversas distinciones conceptuales y características inherentes a los trabajadores de confianza y los de base al servicio del Estado —al igual que las diferencias entre aquellos trabajadores que son de carrera y los que son de libre designación, así como cuáles de ellos gozan de los derechos de permanencia y estabilidad en el empleo y, por ende, del derecho a recibir una indemnización ante despido injustificado—, la Corte señaló que tanto a los trabajadores de confianza que son servidores públicos de carrera como a aquellos que no forman parte de dicho sistema en términos de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal les resulta aplicable la restricción constitucional consistente en la imposibilidad de ser reinstalados en el empleo que venían desempeñando, a pesar de que la destitución o separación hubiese sido injustificada.

En ese sentido, destacó que la referida restricción constitucional (prevista en el art. 123, apartado B, frac. XIV) relativa a la imposibilidad de reinstalar o reincorporar en el cargo a cualquier trabajador de confianza, con independencia de que haya sido despedido de manera injustificada, encontraba sustento convencional en lo previsto en los artículos 30 y 32.2 de la CADH, así como en el 5 del Protocolo San Salvador.

Así, recapituló que los distintos instrumentos fundamentales en la protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano establecen que los Estados pueden convenir que las restricciones convencionalmente permitidas son aquellas que conforme a las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas, así como

aquellas que resulten necesarias por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Para efecto de ilustrar algunas de las posturas que en ese sentido ha adoptado la Corte Interamericana —en cuanto a la posibilidad de que los Estados, a través de sus leyes domésticas, incluido por supuesto el texto de la norma fundamental, estén en aptitud de restringir derechos humanos en términos de la propia Convención Americana—, identificó diversos casos, entre ellos el de *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*; *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*; *Escher y otros vs. Brasil* y *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

Con base en lo anterior, aclaró que con el objeto de reforzar el sentido de la restricción constitucional, en cuanto a la imposibilidad de reinstalar o reincorporar a cualquier trabajador de confianza, con independencia de que pertenezca al servicio profesional de carrera, esta se trataba de una disposición que también resultaba acorde con los requisitos establecidos en términos de la propia Convención Americana (arts. 30 y 32.2) y del Protocolo de San Salvador (art. 5).

De igual forma señaló que en la contradicción de tesis 293/2011 se estableció que la restricción constitucional prevalece sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior. Sin embargo, nada impedía que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practicara un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional.

Ello no porque el texto de la Constitución deba prevalecer, ya que su aplicación debe realizarse de manera indiscriminada, sino porque, lejos de ello, el compromiso derivado de la propia contradicción de tesis 293/2011 privilegia un ejercicio hermenéutico que lleva al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición suprema, esta sea leída de la forma más

favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.

Con este par de afirmaciones, por un lado, la Corte señala que las restricciones tienen apoyo convencional, pero no dice cuál es la figura en que se respalda y, por otro, expone que pueden evaluarse o modularse las restricciones, pero tampoco ilustra bajo qué test debe efectuarse lo anterior.

Por tal motivo, la propuesta que se defiende es que las restricciones tienen apoyo en el denominado margen de apreciación nacional, y este las justifica en nivel constitucional. Asimismo, se plantea que las restricciones no solo pueden ser moduladas, sino también evaluadas, para dilucidar acerca de su permanencia en la Constitución mediante el método que hemos denominado test de oportunidad, como enseguida se explica.

3.11. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

La figura del margen de apreciación nacional permite respaldar a nivel convencional la existencia de las restricciones constitucionales desde un enfoque de justicia comunitarista. Sin embargo, su tratamiento en la interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido bastante tímido, como menciona Caballero, al explicar que se trata de un concepto en el que ha existido notoria resistencia en el Sistema Interamericano para reconocerlo como un medio por el que los Estados se pueden excusar del cumplimiento de sus obligaciones frente a la Convención Americana. Asimismo, es un elemento que matiza el control difuso de convencionalidad y, en ese sentido, a la interpretación conforme,⁶⁰ idea que de hecho retoma de García Ramírez, quien señala que “el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación”.⁶¹

⁶⁰ Caballero, Luis, *op. cit.*, pp. 124.

⁶¹ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, julio-diciembre 2011, p. 128.

El hecho de que el margen de apreciación nacional represente una atenuación al control difuso de convencionalidad no supone un impedimento para sustentar desde el nivel tipológico de las normas en materia de derechos humanos, las restricciones de estos, en virtud de que su origen precisamente parte de un diseño internacional que reconoce la necesidad de que existan tales restricciones.

Ahí radica precisamente la oportunidad normativa de respaldar legítimamente la fuente de las restricciones constitucionales, sin la preocupante incerteza en que se ha colocado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al criticarla diciendo que lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 es propiamente contradictorio.

En efecto, con este escenario, más allá de pensar que se habla de una jerarquización de las normas en materia de protección de derechos humanos —al ordenar que siempre debe atenderse y preferirse obligatoriamente una restricción de derechos prevista en la Constitución, en lugar de preferir la ampliación protectora desde el principio pro persona también constitucionalizado— se pretende armonizar la posibilidad de que existan tales restricciones porque en el orden convencional también está reconocida su existencia.

Pero sobre todo, es relevante porque con ello se propone ubicar que la fuente y legitimidad de las restricciones no siempre aluden al orden prioritario que debe darse al texto constitucional, sino que se trata de unificar que lo dicho en la carta fundamental tiene su respaldo normativo también en un nivel convencional y, por ende, más que hablar de relaciones jerárquicas entre las normas, se pueda superar esa noción positivista, para pensar ahora en posiciones complejas de normas cuya tipología permite hacerlas circular (en un bloque o masa), en que cada circuito da pauta para flexibilizar su posición en cada caso, dada la red imbricada y aleatoria de la que forman parte.

Desde hace tiempo, Kerchov y Ost indicaron que en el derecho existe la tendencia dominante de representar el pensamiento jurídico como un sistema fundamentalmente jerarquizado, en el que una norma jurídica y su relación lineal con otras marcaban la

distinción y subordinación entre ellas, con la posibilidad de que, siempre que la inferior correspondiera con la superior, habría una calificación de pertenencia de la primera dentro del orden jurídico.

Para estos autores, la salida a tal problema es sostener una validez de sistematicidad circular o de jerarquías enredadas, en las que, sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional, se introduzcan factores de retroalimentación e intercomunicación.⁶²

En la práctica judicial mexicana ya ha habido intentos por interpretar que el tema de validez del derecho no necesariamente responde a una situación de jerarquías. El ministro Silva Meza ha afirmado que más que existir un sistema de jerarquías normativas en la carta constitucional, estamos ante la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente responden al sistema lineal en cita, por ejemplo, al incorporar tratados internacionales al derecho interno, los cuales siempre tendrán primacía respecto de la legislación ordinaria. En palabras del ministro:

[...] A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, unas o una de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones. - - - De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; esta, en el de dos procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa [...] Es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalis-

⁶² Kerchove, Michel van de y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 102.

mo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático [...].⁶³

Lo que en última instancia sostiene el juez constitucional es que el texto constitucional desemboca en un nuevo concepto de validez normativa, ya sea un bloque de constitucionalidad o un parámetro de regularidad constitucional. De cualquier modo, lo que interesa es observar cómo la concepción interpretativa del derecho es la que delimita un principio estructural del entendimiento del orden jurídico, en el que el problema de la validez encuentra una reescritura sobre la forma en que eventualmente se irá comprendiendo la relación entre derecho nacional y derecho internacional, así como las categorías para consolidar una nueva forma de abordar la teoría de la validez jurídica.

Con lo anterior, el mito de la unidad de la juridicidad pretendida por la codificación se ve superada, y el monopolio de la creación jurídica —como guisa de una cascada normativa sobre la que descansaba la validez de las normas en las fuentes del derecho— también presenta serias complicaciones, propias de la complejidad social que demanda entender que lo jurídico no puede reducirse a una gama de reglas jurídicas que paulatinamente resultan insuficientes frente a los nuevos avatares económicos, científicos, tecnológicos o sociales.

Entonces, ese residuo de la positivización corre el peligro de quedar destruido, ante el tendencial y acelerado envejecimiento que muchos textos jurídicos sufren en la práctica moderna. Con ello no queda más que repensar el sistema formal de fuentes, ya que la pretensión codificadora por ofrecer un sistema normativo exhaustivo ha dejado de ser posible en la actualidad.

⁶³ Véase voto particular que formula el ministro Juan Silva Meza dentro del amparo en revisión 120/2002.

Hay distintos autores que proponen la posibilidad de que el caos sea un modelo explicativo del derecho, basándose en la idea de que el desbordamiento de las fuentes del derecho y la indeterminación de lo jurídico lo han transformado en algo complejo, y donde participan múltiples factores aleatorios, indefinibles e imprevisibles que fluctúan entre las contingencias y la incerteza.

Una muestra de ello es cuando los jueces no se ponen de acuerdo respecto a la forma en que se aplican las mismas normas en casos semejantes, pero el planteamiento va más allá, pues lo que se pretende es desarraigar de la comprensión jurídica el método dogmático del que parte el sistema positivo, en el que la única vía de acceso al conocimiento de la ciencia jurídica es la ordenación y sistematización de principios generales.

En su lugar, lo que se quiere rescatar es que el derecho es un laberinto borroso, dinámico y complejo, cuyos flujos incontrolables se extienden hasta la imprevista posibilidad de elegir el sentido de una norma en un caso y luego estar en desacuerdo con ello. Así que, en el fondo, el análisis sitúa en el debate la necesidad de comprender de distinta y mejor manera el comportamiento del derecho, ya que los sistemas lineales concebidos por el positivismo dejan un amplio vacío de explicación.⁶⁴

Con ello queda claro que los signos del positivismo en el tiempo en que se ha desarrollado el derecho dejan observar que los mitos del conocimiento han enmarañado algunas certezas, como si se tratase de verdades jurídicas absolutas, cuya inmutabilidad debería quedar enraizada en el corazón del jurista moderno.

Incluso existen otros varios temas en el tintero acerca de la composición mítica de la ciencia jurídica. Algunos ejemplos son: la creencia de que el derecho se identifica con el orden, pero cambia y es históricamente sensible; que incorpora ideales, aunque es un modo de existencia presente y objetivo, y que su fin

⁶⁴ Véase Robles, María Elodia, “Caos y Derecho” en Cáceres, Enrique *et al.* (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 597-616 y Guerrero, Sergio, “El caos del Derecho y el Derecho al Caos. Reflexiones acerca de la ley de lo uno o lo otro”, en Rasgado, Javier y Zapata, Jacqueline, *Pensar el derecho*, México, FUNDAP, 2007, pp. 71-85.

surge de forma colonizadora, no obstante que se le predica de progresista.

Fitzpatrick lo expone del siguiente modo:

La cualidad amnésica de los orígenes del derecho moderno evita una paradoja importante. Un derecho occidental avanzado, dedicado en su apoteosis a la libertad y a cierta igualdad, se vuelve totalmente despótico cuando es enviado al resto del mundo en los procesos de colonización formal que se realizaron desde fines del siglo XVIII hasta comienzos del siglo XX. Había [...] suficientes semejanzas entre las leyes metropolitanas y coloniales para que fueran las mismas. El derecho occidental evolucionado era un objeto unitario, universal. Este derecho era una justificación primordial y un instrumento de imperialismo, un instrumento que, en opinión del gran practicante y teórico del imperialismo “elevatoria a la masa de los pueblos de África a un plano de civilización más elevado”, un don que “merecería la gratitud de los millones de personas silenciosas e ignorantes” [...] La influencia más inmediata y la modalidad general del gobierno colonial moderno derivaron de la formalización administrativa del gobierno inglés de la India y del efecto de este en Bentham y en otros utilitaristas [...].⁶⁵

Acorde con lo anterior, solo a manera de ejemplo, piénsese que esa relación simbiótica entre el colonialismo jurídico ha logrado perpetuar de forma tácita o con mensajes subrepticios distintos índices de desigualdad en el tema de género. Por mucho tiempo, el imperialismo del derecho, desde una matriz machista, ha llegado incluso a limitar la autonomía del cuerpo de las mujeres, por ejemplo, en lo que respecta al uso de las nuevas tecnologías reproductivas o en su decisión sobre la interrupción del embarazo.

Entonces, lo que importa de este tipo de señalamientos es advertir que la simplificación explicativa de los fenómenos jurídicos que acaecen hoy en día representa un alto costo cultural y científico.

De ahí la necesidad de superar los viejos andamiajes del positivismo y, así, salir del aislamiento científico y la hostilidad

⁶⁵ Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Madrid, Siglo XXI, 1992, pp. 113 y 114.

hacia los nuevos modelos explicativos, sin que por ello el derecho abandone por completo esa tradición, ya que bien puede —y debe— conservar aquellas instituciones erigidas en la cultura moderna, como son la ley, la legalidad y la certeza; pero también exige explorar nuevas dimensiones más allá de las estrictamente formales, como la de contar con una noción más amplia sobre la fuente y legitimidad de las normas, en que no siempre las constitucionales tienen la última respuesta y mucho menos son el origen único de todo sistema jurídico.

Qué más necesidad de superar dichos modelos que tener en cuenta que, en gran proporción, el andamiaje del derecho descansa sobre premisas eminentemente masculinas, como se ha visto. Desde hace más de dos décadas, Carol Smart se preguntó acerca del poder del derecho en relación con las expectativas de las mujeres y su capacidad de traducirlas en lenguaje normativo.⁶⁶ Las normas, como se indicó, son resultado de la construcción que de ellas hacen las juezas mediante la interpretación, la cual, en ocasiones, es más simbólica que práctica, al constituir mensajes que se transmiten con eficacia al imaginario colectivo sobre los modelos de relación que deben protegerse y legitimarse.

Muchas veces se ha hablado de la libertad reproductiva o del aborto desde una plataforma que justifica afrontarlos como problemas sociales, en lugar de señalar que es necesario garantizar las libertades individuales de las mujeres.

En la mayoría de las legislaciones, las relaciones entre sexos son reguladas a partir de ciertos modelos culturales, en los que impera el orden jerárquico de las familias tradicionales. Pensemos en aquellas clásicas disposiciones civiles en las que se equiparan virtualmente a los hijos nacidos dentro del matrimonio con los nacidos fuera de este, dentro de un periodo relativamente corto, en el que se supone —normativamente hablando— que por alguna razón la concepción obedeció a una especie de devoción de fidelidad posmatrimonial de parte de la mujer hacia el hombre. Como se ve, la dominación patriarcal tiene campo fértil en la regulación jurídica de la familia, con efectos potencialmente

⁶⁶ Véase Smart, Carol, *Feminist and the power of law*, Londres, Routledge, 1989.

graves para la libertad femenina. Tamar Pitch lo expresa singularmente como *una reproducción ideológica y simbólica del modelo de familia nuclear*.⁶⁷

El lenguaje de los derechos puede ayudar a salir de esas categorías, al sustituirse el tratamiento que se les da a los problemas que importan a las mujeres desde un enfoque ético que reconozca un trato paritario, que abogue por la inexistencia de un orden natural y que permita distribuir las cargas de forma igual. Un buen comienzo sería respetar la autodeterminación femenina desde su propio cuerpo, sin disciplinar qué es lo que deben o no hacer con él. El derecho como espacio de dominación masculina debe modificarse, con el fin de evitar que se continúen reproduciendo posicionamientos sexuados.

Dejar de ejercer el derecho solo en clave masculina puede realizarse construyendo valores que resulten de la experiencia concreta de las mujeres (de abajo hacia arriba) y, a su vez, eliminando todo el sistema que reproduce el código binario de distinciones injustificadas. Adicionalmente, desde la epistemología esto abonaría para que el derecho tenga capacidad de investigar y lidiar con sus contradicciones internas, al no ser comprendido como un objeto de conocimiento objetivo, universal y coherente.

El derecho como objeto de estudio es susceptible de modificarse, especialmente ante el reconocimiento de que las restricciones de orden constitucional no se acatan porque estén previstas en el texto constitucional, cuya posición parece incuestionablemente prioritaria, sino en razón de que otra norma, cuya posición merece igual legitimidad que la Constitución, bien puede respaldar un modelo de protección y restricción de derechos humanos, sin necesidad de cuestionarse sobre su origen, dado que esta premisa es un residuo del modelo positivista, que más que ayudar a solucionar los problemas en la tutela de los derechos, viene a complicarlos, al grado de que la propia teoría tiene serias contradicciones al estar tratando continuamente de ajustar su modelo a la realidad actual.

⁶⁷ Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 239.

Así, volviendo al tema de su aval normativo, el margen de apreciación nacional (o nacional de apreciación) es una doctrina que se ha desarrollado tímidamente por los tribunales regionales en materia de derechos humanos, y se ha establecido como un criterio hermenéutico con la finalidad de interpretar los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos —especialmente sobre sus restricciones—, en aquella posibilidad de deferencia que los tribunales internacionales le han concedido a los Estados parte frente a circunstancias en las cuales no existe algún tipo de consenso interestatal sobre la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

De ahí la necesidad de que en el marco de un Estado de derecho y dentro de una sociedad democrática se reconozca al Estado la posibilidad de ejercer —dentro de un margen de acción determinado— ciertos criterios esenciales de aplicación en la tutela de los derechos humanos, dentro de lo cual, claramente, la premisa implícita es la soberanía propia de los Estados parte.

El margen de apreciación puede entenderse como el campo de acción e interpretación de los derechos humanos que se permite a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Su campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado en el ámbito de protección del derecho limitado, esto es, del derecho restringido. Una razón más para pensar justamente que es la figura de orden convencional que respalda legítimamente las restricciones en el ejercicio de ciertos derechos.

Takahashi lo define como la posibilidad para el gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a derechos humanos.⁶⁸

Por su parte, Kastanas, recuerda Barbosa Delgado, opina que es un concepto de geometría variable en el que los contornos son definidos por la jurisprudencia que permiten a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autorida-

⁶⁸ Takahashi, Arai *et al.*, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Intersentia, 2007, p. 2.

des estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretar, derogar o restringir las libertades garantizadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁶⁹

Para García Roca, se trata de un criterio de motivación que reconoce un espacio de discrecionalidad a favor de los tribunales de los Estados parte, esto es, un espacio de libertad en la toma de decisiones relacionadas con asuntos de derechos consagrados en el Convenio. En cierta forma, implica una decisión por reenvío y, por ello, puede calificarse justamente como un margen discrecional nacional.⁷⁰

En palabras concretas, es la forma en que se faculta o se deja a las autoridades nacionales el cuidado de apreciar la necesidad y la amplitud de ciertas injerencias de las libertades en materia de derechos humanos, por eso se entiende como un criterio hermenéutico que se ajusta en materia de restricción de derechos sobre la interpretación y aplicación de estos, atribuido a los Estados por parte de los tribunales internacionales.

Sin embargo, su problemática proviene de que muchas veces no existe un consenso uniforme para construir las reglas de interpretación bajo las cuales deben analizarse tales restricciones o injerencias. Precisamente en esta discusión, además de encontrar el respaldo de orden internacional para las restricciones internas en el ejercicio de los derechos y, bajo ese esquema, superar la noción positivista sobre la que regularmente operaba la teoría de la validez normativa, también se pretende plantear un test unificado bajo el cual puedan examinarse tales restricciones.

Hay quienes opinan que el margen de apreciación se conduce por un diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional, a partir de principios fundamentales que el Estado adapta en su ordenamiento. Así, se precisa que en esos casos existe una

⁶⁹ Así lo retoma Barbosa Delgado de Kastanas, Elias, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1996, p. 16.

⁷⁰ García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 109, 221 y 332.

enorme maniobrabilidad de los Estados en la adaptación o ajuste en materia de derechos.

Por ejemplo, en el artículo 2 de la CADH se indica que los Estados parte deben tomar las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento interno con lo prescrito en la citada Convención. En esto, hay quienes apoyan el razonamiento de que el Estado es el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno.

Desde otro punto de vista —que se comparte en este trabajo— están quienes dicen que el Estado, al confrontarse a la jurisdicción internacional, está obligado, ante la violación de derechos humanos, a obedecer la jurisdicción subsidiaria de los tribunales internacionales para la tutela de los derechos. En tal virtud, existe un margen nacional de apreciación —como un espacio limitado de interpretación— que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales.

Algo así como pensar que, aun cuando existen ciertas restricciones, estas quedan sujetas al control de legitimidad y, en ese sentido, estas deben acotarse, quizás buscando ciertos matices, de manera que se logre no afectar el contenido mínimo del derecho y, al mismo tiempo, justificar la existencia de la limitación frente a los propósitos que salvaguarda la Convención respectiva.

Su justificación —como de hecho lo destaca la propia Corte mexicana— puede encontrarse, normativamente hablando, en distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana, como enseguida se recapitula. Por mencionar solo algunos que son señalados en el amparo directo en revisión 583/2015 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, deben tenerse en cuenta los siguientes:

1) Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* donde se estableció:

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legí-

timo [...] En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión [...].⁷¹

Aquí el Tribunal claramente reconoce que un derecho puede ser restringido por el Estado parte, siempre que la injerencia no sea abusiva o arbitraria y se prevean en una ley en la que se persiga un fin legítimo.

2) Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. La Corte Interamericana avaló lo anterior, pero incluyó como materia de legitimación de las restricciones que estas obedezcan al interés general:

170. Asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.⁷²

3) Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, en el que igualmente se señaló que:

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente esta-

⁷¹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 273.

⁷² Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 170.

blecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.⁷³

4) Caso *Escher y otros vs. Brasil*. La Corte Interamericana reiteró que las restricciones deben enmarcarse, al igual que en el caso anterior, bajo el principio de legalidad en sentido formal y material:

130. El primer paso para evaluar si la afectación de un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.⁷⁴

5) Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. La Corte repite la dosis comunitarista de que las restricciones deben obedecer al interés social, al señalar que:

74. De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que “[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del «bien común» (artículo 32.2 de la Convención), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.’⁷⁵

⁷³ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párr. 176.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C, núm. 200, párr. 130.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179, párr. 74.

De lo anterior se observa que algunos de los elementos bajo los cuales deben justificarse las restricciones —fin legítimo, legalidad, interés social, entre otras— forman parte del análisis que de estas debe hacerse para validar su existencia en las normas. No obstante, como ya se había dicho, estas hacen más alusión al tipo de restricciones infraconstitucionales que a las de nivel constitucional, pues para ello basta observar que contemplan el requisito de que estén previstas en una ley formal y no en la Constitución.

Aunque ello no es impedimento para poder decir, desde el margen de apreciación nacional, que existen determinados criterios de aplicación esenciales y quizás limitados en que los Estados pueden válidamente establecer, aplicar e interpretar determinadas restricciones en materia de derechos (tales precedentes no hablan propiamente de restricciones constitucionales), lo cierto es que su plataforma de permisión habla de la posibilidad de que el Estado intervenga de forma legítima en el ejercicio de algunos derechos, según el contexto nacional de que se trate.

De hecho, tiene lógica hablar de ello desde el plano constitucional, en razón de que la noción del margen de apreciación tiene por objeto tomar en cuenta un carácter funcional del Estado, en el que se incluyen ciertas ramas del poder público que estructuralmente le corresponden, como es la administración de justicia. Asimismo, para construir y adaptar los sistemas internacionales de protección de derechos desde el enfoque constitucional, su fundación y aval se respalda en una correlación constante entre el orden constitucional y el convencional.

En ese esquema, es válido hablar de que los niveles de interpretación que se le permiten al Estado frente al orden internacional en materia de derechos humanos posibilitan que este pueda, en casos excepcionales o contextos definidos, establecer en su orden jurídico interno —incluido el constitucional— algunas limitaciones para el ejercicio de los derechos.

Para muchos, este tipo de respaldo será muy similar a la razón de Estado que se estableció en el derecho romano con la finalidad de decidir con prioridad sobre los asuntos públicos, lo cual constituirá para otros una noción enteramente contraria a los derechos que se fundan sobre los principios del liberalismo.

Esta situación se puede conciliar si se tiene en mente que los derechos, como se ha dicho, no son ilimitados, sino que exigen restricciones para su coexistencia e interdependencia, de modo que, más allá de hablar de razones de Estado, lo que se busca con las restricciones es lograr la tutela de los derechos de una forma amplia y extendida para un conjunto mayor de sus destinatarios, sin que por ello se deje de suponer que el enfoque de las restricciones tiene siempre una reminiscencia muy marcada del enfoque de la justicia comunitaria, cuestión que se acepta, pero de la que se busca contar con un test de evaluación, para procurar que estas paulatinamente evolucionen al grado de tener una visión más liberal e igualitaria en la Constitución.

El margen de apreciación, por nuevo que parezca, no lo es. Tiene antecedentes desde hace mucho tiempo en otros países, por ejemplo, en un caso contra Bélgica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que el Convenio tenía carácter de subsidiario frente a la acción del Estado. En ese sentido, recapituló que existen aspectos de la vida social en los que las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos en el Convenio.⁷⁶

En otro caso contra Irlanda, la Comisión Europea de Derechos Humanos indicó que el Estado tenía un cierto margen de apreciación en cuanto a las acciones que debía tomar para proteger la vida de la nación.⁷⁷

Este tipo de pronunciamientos se presentó de nuevo en un caso contra el Reino Unido, en el cual se aplicó la doctrina del margen de apreciación en un asunto de libertad de expresión. Luego, en otro caso entre Irlanda y el Reino Unido, el Tribunal Europeo señaló:

[...] Incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez

⁷⁶ TEDH, *Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica*. Sentencia de 23 de junio de 1968, párr. 10.

⁷⁷ TEDH, *Caso Lawless vs. Irlanda*. Sentencia de 15 de noviembre de 1960.

internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de la suspensión para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación [...].⁷⁸

Tras este recuento, es importante mencionar que Barbosa Delgado indicó que el Tribunal Europeo continuó utilizando la doctrina del margen nacional de apreciación sin atarla a las condiciones de suspensión en general de los derechos, sino en relación con restricciones específicas por parte de los Estados frente a los derechos humanos, desarrollando paulatinamente una jurisprudencia en ese sentido.⁷⁹

El autor reconoce abiertamente que la doctrina del margen nacional de apreciación ha sido menos utilizada en el Sistema Interamericano que en el europeo de protección de derechos. La propia Corte Interamericana ni siquiera la ha definido ni nombrado expresamente así en sus fallos, sin embargo, ha desarrollado el test de proporcionalidad cuando existen tales restricciones, con lo cual implícitamente reconoce el citado margen de apreciación del Estado respectivo.

Si bien no existe uniformidad —como ya se dijo— sobre la forma en que operan o se desarrollan las reglas interpretativas en materia de restricciones, no por ello debe desconocerse que el Tribunal Interamericano ha reconocido, sin mencionarlo de esta manera, que existen diversos márgenes de acción, aplicación e interpretación que los Estados tienen para limitar el ejercicio de los derechos humanos, salvo la regla general de que existe cierta deferencia hacia las autoridades nacionales en este tipo de casos, como señala Barbosa.⁸⁰

⁷⁸ TEDH, *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Sentencia de 25 de enero de 1976.

⁷⁹ Para esta y otras referencias que se han hecho del mismo autor véase Barbosa, Francisco, “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Herrera, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre tribunales constitucionales y Cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 108-117.

⁸⁰ *Idem*.

3.12. LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES Y EL COMUNITARISMO

El cumplimiento de las obligaciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos supone necesariamente un diálogo abierto y plural, propio del esquema de derecho, por el que en la actualidad se aboga. Sin duda, esta noción responde a un modelo democrático de corte liberal en el que las voces de todos tengan el mismo valor.

El margen nacional de apreciación parece dirigirse, más que dentro de un Estado de derecho global o cosmopolita que se centra en las anteriores características, por la vía de la protección comunitaria, en que se da prioridad a los elementos nacionalistas, propios de un Estado no tan liberal. Quizás por ello resulte tan contradictorio para muchos que exista alguna forma de reconocer un respaldo a las restricciones.

Dworkin precisa que las disposiciones restrictivas de derechos pueden parecer estructurales en una concepción comunitaria de la democracia. En ese sentido, dice que son entendidas de esa forma porque el modelo comunitario permite considerar que beneficia en mayor medida a la comunidad.

El profesor de Oxford también señala que cualquier interpretación judicial debería tener como fin una descripción coherente del orden jurídico en su conjunto. Así, en una democracia, toda interpretación del derecho constitucional debería considerar justamente el factor democrático. Entonces, las interpretaciones de disposiciones restrictivas deben ser consistentes con el rechazo del mayoritarismo irrestricto, de forma que, en la medida en que se vea a la democracia como estadística —y por tanto, implacablemente mayoritaria—, estos dos requisitos para una acertada interpretación de nuestro derecho no podrán ser satisfechos.

De igual forma añade que cuando se entienden las restricciones en la dimensión comunitaria de la democracia, la integridad del derecho se pone de nuevo a nuestro alcance. Apunta que dicha interpretación permite comprender las disposiciones restrictivas como parte importante de la historia democrática, en lugar de pensar que con ello dicho sistema se pone en riesgo.

Es mejor si no se subordina ninguna de las características estructurales centrales, si se interpretan las cláusulas restrictivas como expresiones de principios políticos y morales que protegen a la democracia, no como residuos de la historia política o lastres que deberían ignorarse en la medida de lo posible.

En este esquema, dice:

[...] No podré mostrar en detalle aquí las implicancias de esta idea para la decisión judicial en materia constitucional. Solo puedo sugerir, de un modo general, de qué manera una variedad de disposiciones restrictivas son interpretadas, con sentido democrático, por los principios conductores de la concepción comunitaria (...) En la concepción comunitaria, la democracia y las restricciones constitucionales no son antagónicas, sino que, en principio, van de la mano [...].⁸¹

Finalmente, lo que está detrás de la idea de Dworkin, en cuanto a que ciertas restricciones de orden constitucional están dentro de un sistema democrático comunitarista, es la idea de que toda democracia implica una acción colectiva, en la que las personas asumen la existencia de un grupo como entidad o fenómeno por sí mismo que decide por un beneficio colectivo.

Ahora, para discutir el comunitarismo, tenemos a Michael Sandel, a quien preceden importantes obras de Taylor⁸² y Alasdair MacIntyre.⁸³ Pero es el libro del primero, escrito en 1982, el que marca la pauta del debate entre liberales y comunitaristas.

Antes de exponer de qué habla el comunitarismo, es necesario mencionar que ambas posturas aceptan la existencia de valores morales que inspiren, en última instancia, la elaboración de normas jurídicas destinadas a garantizar una convivencia armónica entre las personas, así como el arbitraje de la razón práctica en la cuestión moral.

⁸¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 46-54.

⁸² Taylor, Charles, *Hegel and modern society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

⁸³ MacIntyre, Alasdair, *After virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1984.

En sentido amplio puede decirse que el comunitarismo es:

[...] una orientación filosófico-moral, que somete a una crítica metódica y moral la fundamentación individualista de la sociedad y de las normas sociales características de la autocomprensión racionalista de la modernidad [...].⁸⁴

Adicionalmente, hay quien señala que los comunitaristas sostienen fundamentalmente que los derechos individuales han de ceder, en ciertos casos, ante los derechos de la comunidad, pues con ello la moralidad del conjunto, incluida una mejor práctica de la individualidad, aumenta.⁸⁵

En el mismo sentido opina MacIntyre, quien observa que las sociedades en las que los derechos individuales están fundamentados sobre una perspectiva subjetiva son incapaces de evitar la insolidaridad y el debilitamiento de los lazos comunitarios.

Así, el comunitarismo exige que los miembros de la comunidad pongan atención y esfuerzo en proyectos compartidos para beneficiar la dimensión social de la existencia humana, que evite la fragmentación social.

El choque con el liberalismo es la fuerte crítica que se hace a la idea del valor del individuo y su autonomía, pues tal posición pretende desconocer que este no puede pensarse de forma aislada, porque es la comunidad la que da origen y condiciona la formación de su identidad y el desarrollo de su autonomía. Al respecto, Sandel refiere:

[...] Lo que importa sobre todo, lo que es más esencial para nuestra personalidad, no son los fines que escogemos sino nuestra capacidad para escogerlos [...] Solo si el yo es anterior a sus fines puede lo correcto ser anterior al bien. Solo si mi identidad no se encuentra atada a los propósitos e intereses que puedo tener en cualquier momento puedo concebirme a mí mismo como un agente libre e independiente, capaz de elegir [...] Libre de los dictados de la naturaleza y de la sanción de los roles sociales el sujeto humano se

⁸⁴ Kallscheuer, Otto, "El liberalismo comunitario de Michael Walzer", en *Debats*, 39, 1992, p. 44.

⁸⁵ Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global*, Madrid, Temas de hoy, 2002.

instala como soberano, protagonista de los únicos significados morales que existen [...] Somos, en términos de Rawls, *self-originating sources of valid claims* [...].⁸⁶

En otro texto, acercándose a la teoría de la justicia de Aristóteles, afirma:

1. La justicia es teleológica. Para definir los derechos hemos de determinar el *telos* (el propósito, fin o naturaleza esencial) de la práctica en cuestión. 2. La justicia es honorífica. Razonar sobre el *telos* de una práctica —o discutir sobre él— es, al menos en parte, razonar o discutir sobre qué virtudes debe honrar y recompensar. La clave para entender la ética y la política de Aristóteles está en ver la fuerza de estas dos consideraciones y la relación que hay entre ellas. Las teorías modernas de la justicia intentan separar las cuestiones relativas a la equidad y los derechos, por una parte, de las discusiones relativas al honor, la virtud y el merecimiento moral, por la otra. Buscan unos principios de justicia que sean neutrales en lo que se refiere a los fines y autorizan a las personas a escoger y perseguir sus propios fines. Aristóteles (384-322 a. C.) no piensa que la justicia sea neutral en esos términos. Cree que los debates sobre la justicia son, inevitablemente, debates acerca del honor, la virtud y la naturaleza de la vida buena [...].⁸⁷

El filósofo estadounidense concluye en que la justicia en la asignación de derechos se basa en buscar el *thelos* de las instituciones y hacer que los individuos desempeñen papeles sociales acordes con su naturaleza, dándoles los cargos y honores que se merecen, porque así sale ganando la sociedad.

Esta forma de pensar rechaza que los individuos tengan en sus manos el poder de elegir por sí mismos, porque al margen de esa elección confluyen variables morales arbitrarias que la sociedad modifica constantemente, así como ataduras de tal índole

⁸⁶ Sandel, Michael, “The procedural republic and the unencumbered self”, en Avineri, Shlomo y De Shalit, Avner (eds.), *Communitarianism and Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 19-20.

⁸⁷ Sandel, Michael, *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2010, pp. 212-213. El autor continúa con el ejemplo de los flautistas y el propósito de la existencia de las flautas (“las cosas y las personas a las que se asignan las cosas”).

que las personas no escogen, como la obligación de solidaridad nacida del lazo con quienes compartimos una historia, ya que este peso moral deriva en reconocer que la historia personal forzosamente se entrelaza con la vida de otros.

Los valores comunitarios (reciprocidad, confianza o solidaridad) proponen la posibilidad de que una sociedad al menos comparta una noción sobre el bien común y ciertos vínculos afectivos de estimación. A partir de esto, es más fácil distinguir por qué Sandel y MacIntyre rechazan el presupuesto rawlsiano según el cual las personas escogen sus fines en función de sus intereses o preferencias, ya que para ellos, la tesis consiste en afirmar que las personas descubren sus propósitos en función de las prácticas y valoraciones propias de los grupos a los que pertenecen, ayudándose del relato que construyen sobre su propia identidad.

La tendencia del comunitarismo, por la cual muchos no lo comparten, como recuerda Dworkin, es sostener la idea de que el Estado es más importante que los individuos o que las personas son más importantes solo en colectivo que de forma individual, lógica que para muchos atenta contra dos de los elementos sustanciales en los que descansan los derechos humanos: la autonomía individual y la dignidad humana.

Gran parte de las restricciones, como efectivamente señala Dworkin, se sustentan en una visión comunitaria porque suponen un esquema democrático en el que la mayoría decide sobre las limitaciones constitucionales, precisamente en razón de las valoraciones mayoritarias y las necesidades del Estado de que se trate.

En efecto, mucho del comunitarismo radica en la idea de que los Estados que las imponen buscan un mejor desarrollo colectivo, y qué mejor forma de lograrlo que con las limitaciones de derechos, al ser estos quienes tienen un adecuado conocimiento de su vida social interna y de las convulsiones jurídicas que las motivan, singular situación que los avala como los indicados para decidir sobre sus problemáticas con la restricción que impongan para buscar un mejor desarrollo colectivo, en atención a las coyunturas sociales, económicas, políticas, jurídicas y culturales que requieran de ellas, con el fin de avanzar hacia un escenario

más propicio para la protección colectiva de los derechos de las personas de ese lugar.

Debe pensarse, más allá del enfoque comunitarista que las envuelve —cosa que no se pone en duda—, que las restricciones sirven para un propósito y, en ese sentido, debe evaluarse en determinado momento, con la finalidad de centrar la visión no solo en la limitación, sino en su legitimidad, para con ello poder someterlas a cierto escrutinio constitucional o convencional, cuando su tiempo así lo exija.

Su raíz está en que el respaldo comunitario y constitucional de una restricción adoptada por la mayoría, de acuerdo con las necesidades de un Estado, no necesariamente significa que exista un argumento de corrección moral en favor de su existencia, o bien, de su prolongación indefinida.

Se busca que dentro de un Estado democrático de derecho, abierto a los flujos normativos de alcance internacional o transnacional —especialmente en materia jurisprudencial—, exista un diálogo transconstitucional, con el que más que poner en posición vertical la observancia de las restricciones, exista también una posibilidad horizontal de plantearse que estas vayan superándose o transformándose paulatinamente, en una sociedad que, al haber satisfecho su propósito, ya no requiere de ellas para su desarrollo jurídico.

Por supuesto, se trata de un procedimiento de ingeniería constitucional que no es sencillo, pues no solo requiere la intervención del poder judicial, sino que implica tener como interlocutor a los demás poderes (especialmente al legislativo en su carácter de constituyente), para que sea un partícipe activo, como requiere justamente cualquier Estado democrático, en el que de forma igualitaria se tome en cuenta la posición que todas las personas juegan en la sociedad.

Así, se procura cuidar las consideraciones del discurso metademocrático, en el que no solo es factible revisar si las restricciones son impuestas bajo el criterio de la mayoría, sino también la necesidad de que estas cumplan con un propósito —muy a la Ferrajoli— de democracia sustantiva, donde los derechos de los otros no sean arbitrariamente limitados.

De ahí la necesidad de que las restricciones sean, como se propone con el test de oportunidad, evaluadas en determinado tiempo y bajo cierto esquema constitucional, con el fin de que cuando estas hayan dejado de ser útiles o no cumplan el propósito para el que se establecieron, sea necesario —dentro de un ejercicio de democracia material o sustantiva— desarrollar un procedimiento argumentativo abierto, plural y racional, entre los diversos poderes del Estado, para buscar la forma en que estas sean paulatinamente superadas.

El espacio de maniobra (*the breadth of deference*) pretende que en el reconocimiento mínimo de derechos humanos, su tutela solo sea restringida en escenarios en los que, en función del contexto de cada Estado, no exista un consenso sobre un problema determinado para aplicarlos e interpretar la forma de garantizarlos, ya que finalmente, el carácter subsidiario con que actúan los tribunales regionales permite que en ciertos casos o contextos, los propios Estados valoren sus necesidades y, en esa medida, las amortigüen en las restricciones de derechos de manera temporal.

Cabe reiterar que si bien en el Sistema Interamericano solo se ha hecho un uso residual del margen de apreciación, incluso al grado de que con ello pareciera que no hay un consenso real para que pueda aplicarse este parámetro en la restricción de derechos, lo cierto es que —bien sea bajo otras fórmulas, como se ha apuntado— la jurisdicción de la Corte Interamericana ha aceptado abiertamente la necesidad de que existan restricciones a los derechos, sin que para ello sea necesario que la nomenclatura se dirija hacia el margen nacional de apreciación. En ese sentido, es claro que, aun cuando no se le defina de la misma manera, se trata del mismo concepto que ha abordado otro tribunal regional de protección de derechos, como lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ciertamente, el margen nacional de apreciación puede catalogarse, como una doctrina imprecisa de poca uniformidad, en razón de que los tribunales han desarrollado un uso ambiguo del término. Sin embargo, ello no debe llevar a pensar que ante su carácter incierto es mejor prescindir de ella, en tanto que es útil para justificar y armonizar los textos en materia de protección de

derechos, entre ellos los constitucionales, cuando de restricciones se trata.

Una de las ventajas más notables de esa doctrina o concepto es que permite avanzar hacia un esquema transconstitucional en el que las barreras jerárquicas de las nociones positivistas se ven superadas y, como consecuencia, la posibilidad de aplicación e interpretación en materia de tutela de derechos tiene un amplio abanico que no requiere siempre centrarse únicamente en jurisdicción interna, como si se tratase del remedio exclusivo que existe cuando deben ponderarse los derechos de un caso concreto en sede constitucional o convencional. Cuando sea en sede interna, también hay posibilidad entonces de matizar o graduar, en cierto modo, las restricciones de origen constitucional.

Así, el margen de apreciación no se reduce a una autocontención judicial o un criterio de no decisión frente a las restricciones, sino más bien a la doctrina que permite ampliar la revisión de esas limitaciones, pero desde una nueva metodología de análisis, haciendo a un lado cualquier idea de que la doctrina tiene un sentido retórico más que de genuina construcción en la interpretación y aplicación de los derechos humanos, en tanto que el modelo o test enseguida propuesto parte de la idea de que, si bien la restricción obedece a un interés general, esta debe estar sujeta a cierto tiempo y, en caso de que haya cumplido su propósito o simplemente no sea eficaz, debe buscarse un esquema distinto.

El margen de apreciación sustenta su posición en el Estado democrático, conformado por piezas elementales como la diversidad cultural y el pluralismo jurídico. No obstante, si bien fundamenta y justifica la existencia de las restricciones, ello no quiere decir que estas sean permanentes, dado que esto equivaldría a no tutelar adecuadamente los derechos de las personas.

Con el ánimo de que esta valiosa herramienta no se pierda por carecer de un estándar interpretativo, otro de los puntos del que se ocupa muy brevemente este capítulo es plantear una metodología que pueda coordinarse con la teoría actual del constructivismo jurídico con enfoque hermenéutico —desde la dimensión argumentativa ética y plural—, para poder homogenizar la interpretación de las restricciones de derechos humanos, así como su

eventual valoración, para que, en lugar de reducir el espectro de control judicial, sea con base en este que se busque una vocación más liberal dentro del orden constitucional, cuando se advierta que la restricción ya no tiene cabida en el sistema jurídico.

Se procura, desde el principio de integración que rige el derecho internacional de derechos humanos, que el margen de apreciación sea un aval que justifique la existencia de las restricciones, pero que también sirva de resorte para no perderlas de vista y eventualmente ponderar su legitimación en determinado momento y contexto del país que las regula, procurando con ello, quizás, que esta metodología sirva de referente para homogenizar dicha doctrina para todos los Estados parte y no hacer tan poco alcanzable el principio de seguridad jurídica a ese respecto, con mayor razón cuando el escenario del margen de apreciación no pone sobre la mesa con toda claridad qué derechos o en qué contextos ciertos derechos son susceptibles de restringirse.

Con esta metodología, si bien tampoco hay una respuesta puntual a esas preguntas, al menos muy brevemente se pretende establecer la opción de que cuando las restricciones hayan cumplido su propósito, o simplemente sean ineficaces, —mediante los canales institucionales conducentes en la ingeniería constitucional— además de matizarse paulatinamente evolucionen hacia un esquema liberal en el que deba prescindirse de algunas de ellas.

Lo que se pretende es hacer eficiente la doctrina del margen de apreciación, sin dejar de observar que, dado su matiz comunitarista, debe buscar a toda costa transformarse en un sentido liberal en determinado momento, en lugar de situarse como una restricción totalitaria, arbitraria y permanente, que más que satisfacer los derechos, reserva su posición como eje de dominación injustificado.

3.13. EL TEST DE OPORTUNIDAD EN LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

El margen de apreciación con el que se justifican las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos desde el

respaldo convencional parte más de la idea comunitarista, no de prioridad ontológica de la comunidad sobre el individuo, sino en ciertos intereses y necesidades compartidas que identifica el Estado y, por ende, así decide la mayoría.

Esta premisa supone que se busca un bienestar definido, es decir, un resultado a cierto tiempo. Por eso, la responsabilidad de no lograrlo —propia de las autoridades que democráticamente decidieron establecer alguna restricción— también es de orden constitucional.

Esa responsabilidad amerita que, ante su logro o fracaso, deba evaluarse y ponderarse la necesidad de que la restricción continúe existiendo. En otras palabras, debe someterse a juicio si aún comparte algún elemento legítimo que la sostenga dentro del orden constitucional, de lo contrario, lo único que se lograría sería envenenar la atmósfera de eficacia de una norma que, establecida para un propósito (no importa si esta no lo cumple), es mejor tenerla por tiempo indefinido, aun cuando esta atente claramente contra distintos derechos del mismo rango de protección, dimensión que incluso contamina el ámbito ético del que parten tanto los derechos como las restricciones que se generaron para lograr una mejor o mayor protección de estos.

Con su evaluación no solo se logra despejar tales inconvenientes, sino también construir un sistema constitucional que paulatinamente solo tenga resquicios comunitaristas y prefiera integrar a las personas desde una visión más igualitaria en la protección de sus derechos, con el mínimo de excepciones posible.

La unidad colectiva no solo exige responsabilidad conjunta, sino también que las personas compartan el mismo interés en que sus derechos sean respetados ante las actuaciones de las autoridades. De ahí deriva precisamente el principio de responsabilidad del Estado para considerar necesario evaluar las restricciones que impone en el orden constitucional: entre menos viable resulte un beneficio colectivo, mayor es el interés individual en que la restricción que lo buscaba desaparezca.

El escenario se enmarca ante la exigencia de que los derechos tienden igualmente a proteger en escenarios en que la restricción

ya no resulte viable, sea porque alcanzó su propósito o porque, por más tiempo que se conserve, no cumplirá con él.

Su origen no es otro que el principio de participación sobre el que se constituyen los Estados democráticos de derecho, donde todas las personas tienen igual consideración para que sus derechos e intereses sean escuchados y satisfechos. Allí está el germen especial del liberalismo que procura evolucionar cuando el tiempo ha demostrado que es momento de hacerlo en el esquema jurídico de las restricciones constitucionales.

En pocas palabras, la ponderación y evaluación de las restricciones no es otra que una condición de justicia, con la que de cierta forma se pretende evitar que se cometan actos de tal magnitud que con sus consecuencias se cause una afectación sin sentido ni justificación alguna.

Además, se parte del sentido común de que no toda restricción del poder mayoritario, como destaca Dworkin, significa una mejoría en la democracia,⁸⁸ premisa que sirve para sostener de forma persuasiva que es mejor evaluar esas restricciones que dejarlas permanentemente en el texto constitucional, sin considerar si estas cumplen o no con algún propósito real, salvo aquellas cuya existencia es necesaria para los Estados democráticos, como sucede con las limitaciones en materia de libertad de expresión.

El test de oportunidad parte de una metodología similar a la que propone Robert Alexy con el método de la ponderación bajo el test de proporcionalidad. Sin embargo, sus criterios resultan complemente distintos, puesto que su noción es contraria a la proporcionalidad que busca el filósofo alemán, aunque no por ello debe dejar de reconocerse que las premisas implícitas en ese modelo, traído al test de oportunidad, también procuran una sólida argumentación por parte de los jueces al aplicarlo, con un enfoque abierto, plural y racional, propio de un sistema democrático de derecho.

En ese tenor, si bien los métodos comparten los fundamentos del modelo de Alexy, estos son incompatibles, no solo por la

⁸⁸ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 45.

naturaleza que tienen las restricciones de origen constitucional y respaldo convencional —que ya de por sí distingue de las restricciones previstas en leyes infraconstitucionales—, sino que también sus formas de evaluación y ponderación no pueden congeñarse, al existir, jurídica y fácticamente hablando, la imposibilidad de que una restricción de esa naturaleza pueda en alguna medida examinarse bajo el principio de proporcionalidad.

En efecto, una restricción constitucional a un derecho supone de antemano una desproporcionalidad, pues la limitación del ejercicio del derecho restringido siempre será mayor en relación con el que busca salvaguardarse en mayor medida. No es que ello suponga ignorar el respeto al núcleo del derecho en cuestión, sino simplemente que de entrada ya hay una falta en su satisfacción, pues de no existir la restricción, tampoco se impediría el mayor alcance de goce y disfrute.

En otras palabras, una restricción de origen constitucional, a diferencia de cualquier otra restricción infraconstitucional —que bien puede invalidarse si no supera el principio de proporcionalidad en sentido estricto—, no puede evaluarse sobre tal principio de proporcionalidad, en función de que su fundamento siempre estará dirigido a afectar en mayor medida el derecho limitado y satisfacer lo mayor posible el que se busca tutelar.

En tales condiciones, una restricción de ese orden procura, o supone siempre, afectar en medida desproporcional el derecho limitado, pues su fundamento está en perseguir que el otro derecho o bien jurídico que se pretende salvaguardar solo pueda obtener tal satisfacción mediante la restricción, salvo algunas contadas excepciones.

La restricción es la forma de limitar la esfera abierta o abstracta del derecho en diversas intensidades y con sus respectivos matices. La limitación implica que el derecho ya no puede gozarse en términos de normalidad abierta. Ahora su ejercicio depende en cada caso de la limitación. Su campo de acción está acotado necesariamente a un escenario del que no puede escapar o desbordarse.

El principio de proporcionalidad, como elemento de adjudicación interpretativa en el método de la colisión de principios o

derechos, precisa que se evalúen los momentos en que persiste la necesidad de identificar si determinada acción o norma tiende a guardar con cierta eficiencia y eficacia el derecho que se pretende tutelar en mayor medida, para mantener cierta coherencia con el orden constitucional. Su apoyo está en el principio de eficiencia de Pareto, según el cual, una posición puede ser mejorada sin perjudicar otra.⁸⁹

Así, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se traduce en poner en una balanza el peso de los derechos: cuando exista mayor peso de un derecho, entonces el otro derecho supone una afectación mayor. En otras palabras, cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Visto así, el principio de proporcionalidad exige siempre analizar un derecho afectado —en el grado de limitación posible acorde con sus circunstancias fácticas—, siempre que con ello se logre la eficacia de otro derecho, cuya satisfacción se logrará en la mayor medida posible.

En caso de que una medida, decisión, norma o curso de acción del poder no cumpla con ese requisito, bajo el test de proporcionalidad, cualquiera de esas determinaciones no podrá superar el método de ponderación y, por tanto, podrá resolverse que es ilegítima la medida que afecta el derecho en cuestión. En otro escenario, se preferirá proteger en mayor medida dicho derecho, cuando la superior satisfacción del otro derecho en conflicto no justifique su grado de afectación.

En materia de restricciones, esto queda fuera de la discusión. La limitación ya supone de antemano una afectación mayor al derecho limitado en relación con el otro derecho que se busca satisfacer en mayor medida, pues el derecho restringido sencillamente ya no puede desplegar sus efectos en un campo de acción normal, abierto y abstracto desde que constitucionalmente tiene un margen de ejercicio acotado.

⁸⁹ Alexy lo sostiene del siguiente modo: “is nothing else that an expressions of the idea of Pareto optimality: One position can be improved without detriment to another” en Alexy, Robert, “Constitutional rights, balancing and rationality”, en *Ratio Iuris*, vol. 16, núm. 2, jun 2003, pp. 131-140.

Con ello no se quiere decir que las restricciones no puedan estar sujetas a ciertos matices o grados de intensidad. Por el contrario, se ha defendido que toda restricción, como la propia Suprema Corte de México lo ha decidido recientemente, es susceptible de evaluación y delimitación de sus efectos, matices e intensidades vía control jurisdiccional. Sin embargo, estos matices no impiden pensar desde el inicio que ya existe una afectación mayor al derecho limitado, es decir, se está siempre en presencia de una intervención que va más allá del principio de proporcionalidad, en tanto que la respuesta que derive de su control judicial, por lo menos en el común de los casos, no podrá ser la de proteger en mayor medida el derecho limitado, ni dictar que este sea el único satisfecho en lugar del que busca protegerse.

La decisión solo tendrá por efecto matizar o limitar la propia restricción, un límite a los límites impuestos para el ejercicio del derecho, sin que ello sea equivalente a que pueda deslindarse de tajo y en abstracto al derecho de su restricción. Por ello, se insiste, la metodología de análisis de la legitimidad de las restricciones constitucionales no puede partir del test de proporcionalidad, pues al menos de inicio —aun cuando pueda hablarse de un control implícito de las normas constitucionales mediante el control convencional cuando se logran matices o intensidades definidas—, esto no equivale a expulsar o invalidar la restricción, como sucedería de seguirse el test de proporcionalidad, en el caso de normas infraconstitucionales.

Por consiguiente, se considera más adecuado partir de un test, que si bien comparte el mismo origen dialógico del que propone Alexy, al reconocer o hacer suyas varias de las premisas que implícitamente lo avalan, es mejor plantear un modelo distinto que obedezca y atienda a la desproporcionalidad, en el sentido explicado, que ya de antemano supone una restricción de esa índole.

La mayoría de las premisas que comparte el test de oportunidad con el método del balance de Alexy abogan por un consenso dialógico en el razonamiento judicial en que existan reglas fundamentales y reglas de razón.

Las primeras, según la tabla de Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, implican ciertas coordenadas de coherencia

en el discurso justificativo de la decisión. Entre las más importantes estarían las siguientes:

- a) ningún hablante puede contradecirse;
- b) todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree;
- c) todo hablante que aplique un predicado x a un objeto y debe estar dispuesto a aplicar x también a cualquier otro objeto igual a y en todos los aspectos relevantes;
- d) todo hablante solo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes, y
- e) distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Las segundas, atinentes a las reglas de razón, consisten en:

- a) todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación;
- b) quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso;
- c) todos pueden problematizar cualquier aserción;
- d) todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, y
- e) todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades en el discurso.

De la misma manera, en ese proceso dialógico deben respetarse las siguientes reglas de carga de la argumentación:

- a) quien pretende tratar a una persona x de una manera distinta que a una persona y está obligado a fundamentarlo;
- b) quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello;
- c) quien ha aducido un argumento solo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos, y
- d) quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

El conjunto de reglas no hace más que respaldar diversos principios que configuran el modelo de argumentación contemporáneo. Por una parte, lo que se busca con las reglas fundamentales es salvaguardar los principios de coherencia y universalidad, al procurar que los argumentos esgrimidos no sean contradictorios entre sí, y que se apliquen en igualdad de circunstancias para casos similares, guardando así un trato igual para los demás.

Las reglas de la razón tienen por objeto generar un discurso racional mediante el reconocimiento de la autonomía individual de los participantes, al reconocerles la libertad de manifestarse con sus razones. Asimismo, les da igual participación, al procurar que todos tengan voz en la problematización de las cuestiones que sean de su interés.

Por su parte, las reglas de argumentación buscan que las razones no sean expresadas bajo esquemas metafísicos, sino que su fundamentación, apoyo y sustento sean racionales, esto es, empíricamente constatables y bajo condiciones que sirvan para robustecer y justificar una decisión en relación con lo que está en el debate.⁹⁰

Estas reglas tratan de encontrar un fundamento común y consensuado para participar en las discusiones de razón pública mediante denominadores o parámetros que aseguren la racionalidad, es decir, que impidan o, al menos, busquen disminuir en la mayor medida posible la arbitrariedad, discrecionalidad injustificada e imposición de las decisiones en materia jurisdiccional. Por ello, el test de oportunidad debe regirse bajo los mismos parámetros, con la finalidad de procurar que la justificación, ponderación y evaluación de las restricciones constitucionales en el ejercicio de los derechos humanos no tome un rumbo en el que gobierne la imposición en lugar de la razón.

Son tres los subprincipios que se proponen para el test, y cada uno de ellos debe constituir parte de la evaluación jurisdiccional para decidir si la restricción constitucional es legítima o no. Desde este momento, como se anticipó, debe señalarse que habrá

⁹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 283-285.

algunas restricciones para las cuales este test no es aplicable, en razón de que buscan preservar en un estado de normalidad el ejercicio de los derechos necesarios para el ejercicio democrático, como el de libertad de expresión.

En materia constitucional, además del artículo 1 de la ley fundamental, que dispone que deben observarse las disposiciones restrictivas en materia de derechos constitucionales, cuyo aval se encuentra dentro del margen nacional de apreciación con el que cuentan los Estados parte, también se tiene como apoyo normativo al diverso artículo 29, en el sentido de que su lectura armónica con el primero permite establecer que la naturaleza de las restricciones puede obedecer a diversas contingencias de naturaleza excepcional cuando se pongan en peligro la paz pública o a la sociedad en general.

El citado artículo dispone lo siguiente:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. - - - En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales

derechos. - - - La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. - - - Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. - - - Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

La anterior norma contiene varios principios que no solo se reproducen en otras regulaciones de carácter internacional, sino que también permiten extraer el fundamento de varios de los subprincipios que constituyen el test de oportunidad.

Si bien la norma está dirigida esencialmente para aquellos casos en que se emiten los decretos del ejecutivo federal para suspender los derechos de las personas bajo determinados contextos, ello no impide que las mismas reglas que operan para esos casos puedan también aplicarse en materia de restricciones constitucionales, dado que son pautas que buscan justificar la racionalidad legítima de la suspensión. Prueba de ello es que en el artículo también se alude literalmente a las restricciones.

En otro apartado se prevé la exigencia de que cualquier decreto de esa naturaleza deba ser revisado oficiosamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver con la mayor prontitud posible sobre su constitucionalidad y validez, elemento que hace referencia a una norma infraconstitucional (decreto del ejecutivo federal), pero que contiene implícita la razón de que en sede jurisdiccional deben analizarse cuidadosa y oficiosamente las restricciones a derechos fundamentales.

Quizás, aun cuando el constituyente no haya decidido abiertamente que exista un control convencional sobre las normas constitucionales, se pueda decir que en esta parte se encuentra

el germen u origen de la defensa de este trabajo, en tanto que la conciencia constitucional está preocupada porque las restricciones de derechos humanos no constituyan una constante irracional en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Tal disposición sirve de apoyo, aunque sea a modo de referencia, para justificar que toda restricción constitucional es susceptible de evaluación y ponderación para justificar sus alcances, o bien, para matizar o atenuar su intensidad, según cada caso particular.

Asimismo, entre las pautas que sustentan parte de los sub-principios del test se encuentra la necesidad de que la restricción haga frente a una situación, que la restricción o suspensión sea por un tiempo limitado, que algunos derechos no sean susceptibles de restricción o suspensión y, finalmente, que la restricción tenga relación proporcional y racional con la situación o peligro al que se hace frente.

Más adelante se podrá advertir justamente que al momento de evaluar y ponderar una restricción debe atenderse a su finalidad, a su temporalidad y a la racionalidad por la cual existe.

La norma constitucional no está aislada, tiene respaldo en el sistema universal de protección de los derechos humanos, ya que hay una disposición de tal naturaleza que autoriza también la posibilidad de establecer tales restricciones desde un enfoque temporal y a la luz del test más adelante señalado. Se trata del artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone lo siguiente:

[...] En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y, de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática [...].

Esta norma es muy similar al contenido de los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 27.2 de la

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, que sirven de ejemplo para apreciar que la existencia de las restricciones de derechos no solo está autorizada, sino que también estos deben obedecer o atender algunos requisitos, como lo son aquellos de los que se deriva la posibilidad de plantear el test de oportunidad.

Se denomina test de oportunidad porque su finalidad es evaluar si la existencia de la restricción en cuestión es realmente oportuna, es decir, si verdaderamente conviene su existencia, en razón de que atiende o hace frente a propósito de alguno de los motivos que permiten su establecimiento (orden público, paz pública, salud, evitar peligros para la sociedad, seguridad nacional o el bienestar general de la sociedad democrática).

En caso de que la restricción no atienda ni haga frente a alguno de los motivos que permiten su existencia, se entenderá que resulta inoportuna, en función de que no tiene justificación en el orden jurídico constitucional y, por tal motivo, o no es conveniente continuar con ella o es necesario hacer un replanteamiento constitucional para buscar la manera en que esta modifique sus contenidos para atender realmente a los motivos para los cuales fue creada, esto es, para que sea en verdad adecuada y oportuna dentro del sistema jurídico al que pertenece.

Son tres los subprincipios propuestos: el principio de coherencia, el principio de maximización y el principio de temporalidad. Cada uno responde a uno de los requisitos que imponen las propias normas constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos y, en ese orden, deben verificarse para evaluar la legitimidad de la restricción. Asimismo, debe anticiparse que, como parte del debate que fundamenta las restricciones, estas obedecen en gran medida al enfoque de la justicia comunitarista, e incluso al de la teoría utilitarista; pero su armonización con los principios de la justicia liberal se logra al combinar cada uno de los subprincipios en cuestión.

En primer lugar se tiene el *principio de coherencia*. Su objeto radica en verificar que la restricción constitucional atiende de forma consistente con su pretensión de defensa de un bien constitucional o convencionalmente protegido, como pueden ser (a manera de ejemplo y en función de lo previsto en los arts. 29

constitucional, 29.2 de la DUDH, 30 y 32.2 de la CADH y 18 del CEDH) el orden público, la paz pública, la seguridad o el bienestar general, por mencionar algunos.

Entonces, cuando exista una restricción, un primer paso en el método de su evaluación para revisar si es legítima será revisar que su finalidad tenga coherencia con el sistema constitucional o convencional, de modo que así se tendrá una limitación ordenada en relación con los fines que se buscan. Asimismo, a partir de ello se podrá constatar si la restricción tiene alguno de esos propósitos.

En este mismo punto, se debe tener presente que aun cuando existan bienes protegidos en los cuales pueden respaldarse las restricciones en materia de derechos humanos —cuyo contenido se debe principalmente a buscar el beneficio colectivo, esto es, de la comunidad, antes que el de la persona en concreto—, ello se debe a que parte de su sustento teórico es el enfoque de la justicia comunitarista.

Así que ante ello, con la finalidad misma que guarda la restricción de solo utilizarse cuando precisamente este medio normativo sea el estrictamente necesario para lograr dicho bienestar colectivo, se debe siempre considerar en la evaluación que el régimen restrictivo se rige por el principio de excepción, el cual dispone que las restricciones de derechos —siempre consistentes y coherentes con el orden constitucional o convencional, al proteger los bienes que en dichos sistemas normativos se prevén— también deben procurar que pocas veces se aparten de la regla. En otras palabras, que las restricciones no comporten una regla general, sino que sean aquellas que rara vez se presentan para determinar el ejercicio de los derechos humanos.

Con ello se busca establecer una especie de pared maestra dirigida al propio legislador constitucional para que no abuse indiscriminadamente del establecimiento de restricciones por coyunturas políticas o simples beneficios transitorios de unos pocos interesados en el ejercicio del poder, sino que el establecimiento normativo de estas responda necesariamente a una finalidad excepcional de proteger bienes previstos en la Constitución, en el

orden convencional o en tratados internacionales destinados a la tutela de los derechos.

En segundo lugar se encuentra el *principio de maximización*. Su objeto, como su nombre lo revela, es verificar que la protección del bien se haga mediante el principio utilitarista que indica “la mayor felicidad del mayor número”.

En ese sentido, lo que debe evaluarse mediante el método es que la restricción tenga por objeto —y así se refleje en la realidad desde su instauración— que se eleve el bienestar del interés general, a pesar de sacrificar intereses de cierto número de personas y sus condiciones particulares en nombre de la utilidad de la mayoría.

Como es sabido, del utilitarismo se destaca la especial atención en las consecuencias y resultados externos de la propia conducta; la premisa de que lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores, dadas de hecho en cierto momento o las que se espera que se produzcan en el futuro; una marcada tendencia objetivista; su negación de la autonomía y libertad del sujeto; que su máxima moral de la conducta se base en que esta tiende a considerar lo bueno o útil de las consecuencias y resultados con independencia de que lo sea para el sujeto, entre otras características.⁹¹

Para esto se propone que exista también una reingeniería constitucional que faculte legislativamente al alto tribunal, para que cuando aplique el método planteado —especialmente al analizar el principio de maximización— se cuente con la información respectiva que sea acopiada por una instancia designada, con la finalidad de que, bajo el seguimiento puntual y estadístico de los resultados obtenidos desde la implementación de la restricción, el tribunal pueda realmente verificar si efectivamente desde que se estableció la medida examinada en la realidad cotidiana —desde el tiempo en que entró en vigor hasta el momento de su evaluación— se ha logrado con ella elevar realmente el bienestar del interés general.

⁹¹ Véase Gauss, G. F., “The Convergence of Rights and Utility: The Case of Rawls and Mill”, en *Ethics*, núm. 92, oct 1981.

Es un paso necesario para advertir si en verdad la medida ha impactado en beneficio de la población en general. Dicho en otros términos, su objetivo no puede simplemente quedar exento de valoración, cuando su origen y fundamento radican en la restricción expresa de algún derecho fundamental. De ahí la importancia de ponderar si realmente tiene caso que exista todavía en el orden constitucional, pues de resultar que no, lo conducente es que, mediante el propio mecanismo de reingeniería constitucional, como adelante se repite, el tribunal debe contar con la facultad jurisdiccional de informárselo al constituyente, para que este, tomando seriamente en cuenta dicha determinación, adopte las medidas conducentes para eliminar o reorientar el sentido de la restricción que corresponda.

Este punto se rige implícitamente por el principio de eficacia, bajo el cual se supone que la existencia de las restricciones implica que su establecimiento en el orden normativo debe resultar operativo. Por ende, es mejor que existan para tratar de paliar una problemática en aras de buscar el bienestar de la mayoría, cuando las circunstancias así lo permitan.

Entonces, si el fin para el que ha sido prevista determinada restricción no tiene un impacto susceptible de evaluarse de manera positiva en la realidad, de nada servirá; su existencia es ineficaz, por no responder operativamente a la finalidad para la cual se estableció.

En cierta medida, este paso implícito en el citado subprincipio se asemeja al de racionalidad entre medios y fines que se prevé para las restricciones infraconstitucionales. Sin embargo, a diferencia de dicha racionalidad, el alcance que se propone en la materia en cuestión es que, una vez que el tribunal cuente con la información conducente, pueda hacer un pronunciamiento puntual y evaluativo dirigiéndose hacia el constituyente, referente a si la medida restrictiva cuenta con un sustento fáctico que apoye su existencia, lo cual, en aras de hacer efectivo el método propuesto, debe ser considerado por el legislativo para reevaluar si es necesaria tal restricción, o si esta debe reorientarse en algún sentido.

Finalmente, el *subprincipio de temporalidad* exige que la restricción sea temporal. En otras palabras, que después de su eva-

luación, si es que pasa el filtro del subprincipio de maximización, también existe la necesidad de imponer un límite de tiempo para su permanencia en el orden jurídico.

La restricción no se constituye como una medida atemporal, sino que es transitoria. Debe responder a un estado de cosas que existe en cierto momento, el cual, en función de priorizar el bienestar general cuando las circunstancias lo permitan, debe superarse justamente mediante la restricción; de ahí que deba operar solamente durante un periodo determinado o hasta que su evaluación judicial determine su pertinencia.

En caso de que la restricción haya sido muy exitosa en función de los propósitos buscados, será innecesario tenerla de forma permanente. En otro caso, puede ser que la medida restrictiva nunca haya revelado un impacto diferenciado en la problemática que se buscaba paliar, por lo que es más claro que no existe razón o justificación alguna para que continúe rigiendo en el orden normativo, cuando su inutilidad operativa revela que su incorporación jurídica no logró el propósito buscado.

De hecho, Bernal Pulido ya había anunciado la posibilidad de que se analizara, por ejemplo, el alcance y duración con los que la medida afecta o satisface correlativamente los principios en juego, como apunta Clérico, para quien la duración de la restricción supone un aspecto que merece ser evaluado,⁹² de modo que solo es un elemento que se adopta de la doctrina de la ponderación, pero que se ajusta en materia de restricciones constitucionales.

Acorde con el método propuesto, con este escenario y ante cualquiera de las evaluaciones, se cumple con el principio pro persona mediante el ejercicio jurisdiccional, al determinar en qué momento una medida restrictiva no debe ir más allá, cuando sus resultados no son eficaces, operativos o simplemente el paso del tiempo ha mostrado su irrelevancia e ineficacia jurídica.

⁹² Véase Bernal, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, may-ago 2006, pp. 51-75 y Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Asimismo, sin perder de vista que este modelo se basa en una visión utilitarista o comunitarista de la justicia, las personas no deben ser vistas en un nivel secundario, supeditadas a los fines colectivos o estatales, en razón de que solamente es un método de estudio que busca legitimar la existencia de las restricciones en un modelo democrático de derecho, y sobre todo porque el punto crucial de la propuesta es buscar paulatinamente que se abandone al Estado intervencionista contemporáneo, para dirigirse hacia una justicia liberal, en la que el eje rector sea el ejercicio de los derechos humanos.

En efecto, la única manera de legitimar las restricciones de derechos humanos es evaluándolas, siempre que su propósito final sea precisamente la posibilidad de que todos disfruten del ejercicio de sus derechos en igualdad de circunstancias, en razón de que un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. Por eso, la idea aquí es solamente proponer las bases de una teoría de las restricciones legítimas para, en ese sentido, ir construyendo poco a poco una forma adecuada para hablar de ellas desde un enfoque filosófico que sea más acorde con los derechos humanos, como hasta el momento lo es la teoría liberal de la justicia.

Si los derechos fueran absolutos, sería muy difícil proponer una teoría y una evaluación sobre sus límites legítimos, e igual de complicado resultaría imaginar que el ejercicio de derechos en situaciones particulares no afectará a otros derechos; de forma que de ninguna manera se propone evitar poner en marcha estrategias restrictivas, sino todo lo contrario, la previsión de que sea limitadora de derechos —con una búsqueda simultánea de su impacto en el ejercicio de otros derechos— debe mostrar que la restricción obedece y se traduce precisamente en una condición armónica de resistencia para lograr el disfrute de otros bienes que tienen a la larga la capacidad de suplantar la opción teórica comunitarista por una distinta, con opciones restrictivas de enfoque liberal igualitario.

Conviene concluir con las palabras de Atienza:

Mario Losano escribió en una ocasión que en las ciencias humanas todo se ha dicho ya, por lo menos una vez. Si ello es así, el papel de la teoría del derecho no puede ser el de pretender elaborar algo ver-

daderamente original. De lo que se trata es más bien de contribuir a elaborar una concepción articulada del derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas, y con ello, las instituciones sociales.⁹³

El desarrollo teórico planteado solo supone conectar distintos elementos de análisis de una de las problemáticas más actuales del constitucionalismo en México, con la finalidad de formular más preguntas que respuestas acerca de cómo justificar y, en esa medida, mejorar el entendimiento sobre la forma en que deben operar las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos, para evitar una erosión en el actual sistema de control de convencionalidad.

De esta manera, como plantea Sagüés, se podrá consolidar en México una Constitución convencionalizada, con objeto de depurar las cláusulas radicalmente opuestas al derecho internacional de los derechos humanos y adicionarla con los más altos estándares interpretativos para la tutela de tales derechos.⁹⁴

⁹³ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi (coords.), *op. cit.*, p. 78.

⁹⁴ Sagüés, Néstor, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, IECEQ, 2016, pp. 389-400.

Consideraciones finales

Una breve revisión de la *díada teórica tradicional* que ha sentado las bases para la comprensión epistemológica del derecho permite observar que, en la actualidad, cualquiera de los dos modelos que la sostienen (positivismo jurídico o iusnaturalismo) admiten una fuerte crítica, en virtud de que su debate se ha centrado con cierta atención en si el derecho debe prescindir o no de algún contenido de tipo axiológico o valorativo.

Hoy en día, ese punto está superado. En contra del modelo epistemológico de racionalidad, sostenido por el positivismo, existen documentadas experiencias históricas que demuestran que la teoría del derecho debe ocuparse también del ámbito ético. El iusnaturalismo también admite crítica, pues en la actualidad no es pertinente recurrir a algún tipo de fundamentación de corte metafísico para la explicación del derecho, ya que ello tiende a excluir a las personas que no lo compartan y esto puede conllevar una especie de autoritarismo moral. Por eso, la explicación del derecho no es exclusiva de alguno de los dos modelos, menos aún cuando, en la actualidad, su cobertura explicativa deja sin respuesta a muchos de los dilemas que se presentan dentro del fenómeno jurídico.

Las relaciones entre el derecho y la justicia forman parte del debate filosófico contemporáneo. En ese escenario coinciden dos pensadores: Hart, por una parte, abrió la discusión del positivismo valorativo cuando habló del punto de vista interno del derecho, cuya premisa indica que las decisiones normativas en gran medida están construidas por un sentido ético y, por otro

lado, Rawls se ha constituido como un referente obligado en la construcción de un concepto racional de justicia posmetafísico que sirve de análisis para todo sistema político y normativo democrático.

Entre ambos, sin duda, Dworkin fue el filósofo que dirigió la discusión acerca de si entre derecho y justicia existe una relación necesaria, así como la medida en que esa relación está determinada por la actividad interpretativa de los tribunales en la actualidad. Un punto de apoyo que dio mayor impulso al debate han sido los enfoques teóricos de los juristas en que se defiende el carácter sustantivo del derecho, cuya referencia radica necesariamente en el reconocimiento y tutela de los derechos humanos.

Con esa información en mente, resulta poco útil para el análisis teórico pretender deslindar al derecho de su justificación ética, reconocida en relación con su contenido sustantivo (derechos humanos o principios axiológicos). Sin embargo, no por ello esta especie de objetivismo ético que apoya la explicación del fenómeno jurídico deja de tener sus propias problemáticas. Así se advierte, a manera de ejemplo, de lo difícil que resulta determinar en cada caso qué se entiende por dignidad humana, cuya noción conceptual es poliédrica y ambigua.

Ante ese esquema y dificultades detectadas, lo más adecuado, acorde con los principios epistemológicos de mejor cobertura explicativa, mayor sencillez expositiva y una coherencia más ajustada al constitucionalismo contemporáneo, es pensar en un modelo distinto para la explicación del derecho. Uno que lo vea como construcción social que depende de la interpretación, pero desde una visión hermenéutica, para entender que el fenómeno jurídico es un producto normativo construido con el que se logra una comprensión más global de los valores o principios congénitos que son inmanentes al derecho.

Por eso la interpretación jurídica es tan importante para el derecho. Es la base para identificar cuál es el desarrollo interpretativo que demanda el constitucionalismo contemporáneo, para entender el derecho desde una visión constructivista y hermenéutica en la que el enfoque de justicia se

elabore desde una dimensión argumentativa racional, plural e igualitaria.

Sentado lo anterior, ahora sí se puede explorar la plataforma que puede servir de apoyo para construir un desarrollo teórico acerca de una de las problemáticas más actuales dentro del constitucionalismo en México. En concreto, se plantea una metodología de análisis jurisdiccional de corte constitucional para justificar, ponderar y evaluar cuándo las restricciones constitucionales en materia de derechos humanos son legítimas.

Para ello, se propone apoyarse en una figura avalada por el sistema interamericano de protección de derechos denominada margen de apreciación nacional, cuyo fundamento consiste en permitir a los Estados parte decidir, conforme a sus contextos y dinámicas internas, acerca de la limitación en el ejercicio de ciertos derechos. De igual forma, se plantea como método de análisis para la evaluación de tales restricciones el denominado test de oportunidad, que está diseñado precisamente con la finalidad de verificar si la medida restrictiva realmente cumple con el propósito para el cual fue establecida, para que, en caso contrario, mediante una reingeniería constitucional —como propuesta implícita en dicho test—, el tribunal constitucional tenga la facultad de informar al constituyente al respecto, para que se elimine o reoriente dicha restricción.

De lo que se trata, en última instancia, es de que el sistema de control convencional en México no se vea erosionado por prácticas ilegítimas que no han sido tratadas con mayor profundidad en la jurisdicción constitucional doméstica. Asimismo, no solo se busca instituir una Constitución convencionalizada, sino también evitar caer en un constitucionalismo autoritario.

El constitucionalismo autoritario supone una forma de ejercer el poder de manera autoritaria dentro de un diseño constitucional. Como indica Tushnet, se trata de un modelo normativo intermedio entre el constitucionalismo liberal y el autoritarismo que denota compromisos moderados con el constitucionalismo. En ese orden de ideas, es una forma sofisticada de ejercer el poder por élites gobernantes que tienen una mentalidad autoritaria en Estados cuyo desarrollo democrático es precario. La forma es

ejercer el poder basándose en una Constitución de corte liberal-democrático que, en lugar de limitar el poder del Estado y empoderar a las personas sin poder, es usada práctica e ideológicamente con fines autoritarios.¹

Con la propuesta se pretende que el ejercicio del poder tenga límites bien definidos cuando de restricciones de derechos se trate y, en esa medida, evitar intervenciones violentas o irracionales del Estado en el ejercicio de tales derechos, avalando una fuerte Constitución liberal y democrática.

La plataforma conceptual y teórica planteada sirve como herramienta crítica frente a ese tipo de constitucionalismo, cuyas raíces están siempre encubiertas o disfrazadas, puesto que ningún Estado está dispuesto a admitir que es autoritario bajo un diseño constitucional. Así que, para hacer de nuestro país un modelo constitucional lejano a lo que Judith Shklar denomina el liberalismo del miedo, en el que hay actos extralegales y secretos de abuso del poder, se busca establecer un modelo legítimo de restricciones constitucionales con respaldo institucional y de corte convencional, sobre todo para evitar una Constitución de apariencia liberal, pero que por represiva se vuelva nuestra propia enemiga.

Como se dijo al inicio del libro, la premisa que sirve de orientación encuentra su fundamento en el *ius constitutionale commune*, consistente en que el derecho promueva el bienestar y, así, naveguemos hacia un constitucionalismo transformador.

Los mapas de aplicación del derecho desde este plantemiento tienen alcances de interconexión. Se trata de un diálogo entablado entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con un objetivo común: lograr las promesas centrales del constitucionalismo contemporáneo. La brújula que apunta al Norte de la misión se delimita en principios: en los derechos humanos y en la dignidad humana. El radar operativo lo constituyen la democracia y el Estado de derecho. La suma de todos estos factores en la

¹ Para una reflexión sobre el constitucionalismo autoritario véase Niembro, Roberto, “Desenmascarando el constitucionalismo autoritario” en Gargarella, Roberto y Niembro, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, IJ-UNAM-IECEQ, 2016, pp. 223-264.

geografía jurídica permite sentar las bases de la transformación desde lo normativo e interpretativo con impacto hacia el futuro de los derechos humanos y sus restricciones.

Esta plataforma conceptual tiene una mayor visibilidad, por el poder de interconexión que tiene la jurisprudencia interamericana en los Estados parte, pues sus decisiones pueden derivar en acciones concretas dentro de la sede doméstica, con lo cual se muestra el beneficio potencial que la jurisprudencia interamericana tiene para, subsidiariamente, coadyuvar en la búsqueda de soluciones a los Estados parte.

En efecto, como lo sostienen los precursores del concepto, la agenda del *ius constitutionale commune* en América Latina aboga por una renovación jurídica que supere los déficits del autoritarismo, la violencia y la impunidad:

En el núcleo de la agenda del ICCAL hay dos elementos. El primero es enfrentar las profundas deficiencias que existen en muchos países de la región. Frecuentemente, estos déficits tienen origen en la debilidad de las instituciones y generan inseguridad, impunidad y corrupción. No es posible tener una verdadera democracia constitucional sin superar estas deficiencias. El segundo elemento tiene relación con las condiciones de vida inaceptables que afectan a amplios sectores de la población. En concreto, existe una preocupación especial por los denominados grupos vulnerables [...] Nosotros tenemos diferentes ideas sobre la política económica, la protección de la propiedad y la redistribución, pero todos estamos de acuerdo en que la exclusión debe ser superada. La desigualdad puede tener diferentes causas, pero esta es particularmente grave, profunda, difícil —incluso explosiva— cuando sectores enteros de la población carecen de las condiciones para integrarse en los sistemas sociales.²

² Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, Piovesan, Flávia y Soley, Ximena, “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ-Max Planck Institute, 2017, pp. 23 y 24.

Así, el objetivo se mide en la oportunidad de evitar la impunidad y desarraigar las brechas de desigualdad en América Latina. Los temas pendientes coinciden con el objeto de analizar lo que sucede en materia de restricciones de derechos y, por ello, es necesario retroalimentarse con la jurisdicción internacional para transformar a mejores realidades nuestro mundo constitucional, abandonando cualquier huella o resquicio histórico de autoritarismo, en cualquiera de sus disfraces o máscaras.

Bibliografía

- Agís, Marcelino, *Conocimiento y razón práctica. Un recorrido por la filosofía de Paul Ricoeur*, Madrid, Fundación E. Mounier, 2011.
- Aguiló, Joseph, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa Isonomía*, núm. 34, 2003.
- , “Tener una Constitución, darse una Constitución y vivir en Constitución”, en *Doxa Isonomía*, núm. 28, 2008.
- , *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Madrid, Ariel, 2012.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2007.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2008.
- , “Constitutional rights, balancing and rationality”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, junio 2003.
- , “On necessary relations between law and morality”, en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio 1989.
- , “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- Ansolabehere, Karina et al. (coords.), *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, México, Flacso, 2015.
- Aquino, Tomás de, *Tratado de la ley, tratado de la justicia y gobierno de los príncipes*, México, Porrúa, 2007.

- Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, Edimat, 2001.
- Arriola, Juan Federico, *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, México, UNAM, 2008.
- Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- Atienza, Manuel, “Dos versiones del constitucionalismo”, en *Doxa Isonomía*, núm. 34, 2011.
- , *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-UAM, 2004.
- , *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2013.
- , *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.
- y Ferrajoli, Luigi (coords.), *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2016.
- y Ruiz, Juan, “Sobre principios y reglas”, en *Doxa Isonomía*, núm 10, 1991.
- y García, Juan, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012.
- Austin, John, *The Province of jurisprudence*, Londres, Albemarle Street, 1832.
- Avendaño, Luis, *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un estudio al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México*, México, Universitaria, 2014.
- Avineri, Shlomo y De Shalit, Avner (eds.), *Communitarianism and Individualism*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 2004.

- Bernal, Carlos, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- , “La racionalidad de la ponderación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006.
- Beuchot, Mauricio, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*, México, FCE, 2016.
- Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.
- , *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 2000.
- , *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2007.
- , *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1990.
- , *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993.
- , *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2015.
- Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, FCE, 2002.
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, trad. de Pedro Bravo, Madrid, Tecnos, 2006.
- Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antonizzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- , *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, IECEQ-Max Planck Institute, 2017.
- Bonorino, Pablo, *Dworkin*, Lima, Ara, 2010.
- Borowski, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, mayo-agosto 2000.
- Bovero, Michelangelo, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, en *El lenguaje de los derechos*, núm. 18, 2001.
- Bunge, Mario, *Epistemología: curso de actualización*, México, Siglo XXI, 2004.

- Caballero, Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- Cáceres, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2007.
- et al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces*, México, Tribunal, 1995.
- , *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milán, Giuffré, 1957.
- , *Sin legalidad no hay libertad*, Madrid, Trotta, 2016.
- Calvo, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Campos, Heber, *Control constitucional y activismo judicial*, Lima, Ara, 2012.
- Canon, Bradley, “Defining the dimensions of judicial activism”, en *Judicature*, núm. 66 (6), 1983.
- Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI, 2012.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, 2015.
- , *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- Castillo, José Luis y Castillo, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara, 2008.
- Castoriadis, Cornelius, *Democracia y relativismo. Debate con el MAUUS*, Madrid, Trotta, 2007.
- Chueca, Ricardo, *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, CEPC, 2015.
- Cicerón, Marco Tulio, *De legibus*, Cambridge, Cambridge University Press, 1959.
- , *De las leyes*, trad. de N. A. Rufino, Buenos Aires, Tor, 1989.
- , *Sobre la República*, trad. de Álvaro D’ors, Madrid, Gredos, 1984.

- Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Comanducci, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, Lima, Ara, 2010.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, IECEQ, 2017.
- , “Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año II, núm. 3, julio-diciembre 2016.
- Damasio, Antonio, *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, Barcelona, Crítica, 2005.
- Dworkin, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- , *El imperio de la justicia*, Madrid, Gedisa, 2010.
- , *La democracia posible. Principios para un debate político*, Barcelona, Paidós, 2008.
- , *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2009.
- , *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- , “Retorno al derecho ‘natural’”, en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de, *Derecho y moral*, Barcelona, Ariel, 1990.
- , “The model of rules”, en *The University of Chicago Law Review*, núm. 1-1, 1967.
- Eco, Umberto, *El nombre de la rosa, palabra en el tiempo*, Madrid, Lumen, 1985.
- Estévez, José (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- Ezquiaga, Francisco, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*, Lima, Grijley, 2013.
- Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa Isonomía*, núm. 34, 2011.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2011.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre tribunales constitucionales y Cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- Feyerabend, Paul, *Tratado contra el método*, México, Red, 1993.
- Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, Madrid, Siglo XXI, 1992.
- Foucault, Michel, *El orden del discurso*, México, Tusquets, 2009.
—, *La inquietud por la verdad. Escritos sobre la sexualidad y el sujeto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- Fuller, Lon, *The morality of law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1977.
—, *Los caminos de Heidegger*, Barcelona, Herder, 2002.
—, *Hermenéutica de la Modernidad. Conversaciones*, Madrid, Trotta, 2004.
- Galeano, Eduardo, *Memoria del fuego (trilogía)*, México, Siglo XXI, 1996.
- García Máynes, Eduardo, *La definición del derecho: ensayo de perspectivism jurídico*, México, Universidad Veracruzana, 1960.
—, *Positivism jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993.
- García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, julio-diciembre 2011.
- Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, Buenos Aires, Katz, 2015.

- , “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, en *Doxa Isonomía*, núm. 19, 1996.
- y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas*, México, UNAM-IECEQ, 2016.
- García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.
- Garzón, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.
- , *Derecho y “naturaleza de las cosas”. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970.
- y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Garzón, Iván, *John Rawls. Justicia, liberalismo y razón pública*, México, IJ-UNAM, 2016.
- Gascón, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Gauss, G. F., “The Convergence of Rights and Utility: The Case of Rawls and Mill”, en *Ethics*, núm. 92, oct de 1981.
- Gierke, Otto, *Natural law and the theory of society, 1500 to 1800*, trad. de Ernest Barker, Cambridge, Cambridge University Press, 1934.
- Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, FCE, 2011.
- Granja Castro, Dulce y Santiago, Teresa (eds.), *Moral y derecho. Doce ensayos filosóficos*, México, SCJN-UAM, 2011.
- Green, Craig, “An intellectual history of judicial activism”, en *Emory Law Journal*, núm. 58 (5), 2009.
- Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003.
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- , *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- , *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.
- , *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.
- , “Positivism and the separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958.
- Heidegger, Martín, *Ontología. Hermenéutica de la facticidad*, Madrid, Alianza, 2000.
- Herrera García, Alfonso, “Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría de la argumentación y teoría del derecho”, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 2000.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1993.
- , *Tratado político*, Madrid, Alianza, 1986.
- Holmes, Oliver, *The common law*, Nueva York, Harvard University Press, 1963.
- Ihering, Rudolf, *El fin en el derecho*, Granada, Comares, 2011.
- Kallscheuer, Otto, “El liberalismo comunitario de Michael Walzer”, en *Debats*, 39, 1992.
- Kant, Immanuel, *Crítica a la razón pura*, México, Porrúa, 1982.
- , *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Kastanas, Elias, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1996.

- Kaufmann, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 2007.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2013.
- Kennedy, Duncan, “Form and substance in private law adjudication”, en *Harvard Law Review*, núm. 89, 1976.
- Kerchove, Michel van de y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- Kmeic, Keenan, “The origin and current meanings of judicial activism”, en *California Law Review*, núm. 92 (5), 2004.
- Laporta, Francisco, “El principio de igualdad”, en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, Fundación Sistema, núm. 67, 1985.
- , *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993.
- Lindquist, Stefanie y Croos, Frank, *Measuring judicial activism*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- MacCormick, Neil, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- , *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- , “The separation of law and morals”, en R. P., George (ed.), *Natural law theory-Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Macintyre, Alasdair, *After virtue*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1984.
- Malem, Jorge, “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, en *Doxa Isonomía*, núm. 4, 1987.
- Medellín, Ximena, *Principio pro persona*, México, SCJN, 2013.
- Medina, Alejandra; Salazar, Pedro y Vázquez, Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa-UNAM, 2015.

- Moncayo, Guillermo, “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al derecho público argentino”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Montaigne, Michel de, *Ensayos*, Madrid, Cátedra, 1994.
- Montoya, Ramses, *Igualdad y derechos fundamentales. El paradigma de la igualdad constitucional*, Tesis de maestría, Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, 2012.
- Nash, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Porrúa, 2009.
- Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- Nietzsche, Friedrich, *La gaya ciencia*, Madrid, Sarpe, 1984.
- Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- , *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1992.
- , *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.
- , *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- , “Sobre los derechos morales”, en *Doxa Isonomía*, núm. 7, 1990.
- Nohlen, Dieter, *Principio mayoritario, jurisdicción constitucional e integridad electoral. Tres ensayos*, México, IIJ-UNAM-IECEQ, 2016.
- Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1997.
- Ortega, Ramón, *Interpretación y argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- , *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- Páramo, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, CEC, 1984.
- Pascal, Blaise, *Pensamientos*, trad. de Juan Domínguez, Madrid, Sarpe, 1984.

- Paz, Octavio, *El arco y la lira*, México, FCE, 1983.
—, *Primeras letras (1931-1943)*, México, Vuelta, 1988.
—, *Solo a dos voces*, México, FCE, 1999.
- Peces-Barba, Gregorio (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucy, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 2000.
- Pérez Luño, Antonio, “Concepto y concepción de los derechos humanos”, en *Doxa Isonomía*, núm. 4, 1987.
- Pinker, Steven, “The stupidity of dignity. Conservative bioethics latest, most dangerous ploy”, en *The new republic*, núm. 238 (9), mayo 2008.
- Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Courtis, Cristián *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, 1997.
- Piovani, Pietro, *Giusnaturalismo ed ética moderna*, Bari, Laterza, 1961.
- Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- Platón, *Diálogos*, México, Porrúa, 2007.
—, *La República*, México, FCE, 2013.
- Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005.
- Popper, Karl, *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la lógica de la investigación científica*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1998.
- Postema, Gerald, “The normativity of law”, en Gavison, Ruth (ed.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2014.
- , *Interpretación jurídica y creación judicial*, Bogotá, Palestra, 2007.
- Prigogine, Ilya, *El fin de la certidumbre*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1996.
- Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951.
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1974.
- Rascado, Javier y Zapata, Jacqueline, *Pensar el derecho*, México, FUNDAP, 2007.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 2006.
- Raz, Joseph, *Ethics in the public domain-Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- , *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y moral*, México, Coyoacán, 2011.
- Revelli, Marco, *La política pérdida*, Madrid, Trotta, 2008.
- Romero, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, IIJ-UNAM, 2015.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Universitaria, 1998.
- Roosevelt, Eleanor, “Making human rights come alive”, en Black, Allida (ed.), *What I hope to leave behind: The essential Essays of Eleanor Roosevelt*, Brooklyn, Carlson, 1995.
- Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “Los derechos humanos como derechos morales: entre el problema moral y la denominación confusa”, en Muguerza, Javier (comp.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos.

- Ruth, Macklin, “Dignity is an useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy”, en *British medical journal*, núm. 327, diciembre 2003.
- Sagüés, Néstor, *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- , “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista ius et praxis*, vol. 9, núm. 1, 2003.
- Sandel, Michael, *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2010.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.
- Sartorius, Rolf, “Positivism and the foundations of legal authority”, en Gavison, Ruth (ed.), *Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Porrúa, 1972.
- Schmitt, Carl, *El Leviatán en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, trad. de Francisco Conde, Granada, Comares, 2004.
- Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, Flacso, 2013.
- Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.
- Shakespeare, William, *Hamlet*, México, Leyenda, 2012.
- Sieckmann, J. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Smart, Carol, *Feminist and the power of law*, Londres, Routledge, 1989.
- Sófocles, *Siete tragedias*, México, Leyenda, 2009.

- Steiner, Henry y Alston, Philip, *International human rights in context*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- Sustenin, Cass, *Designing Democracy: What Constitutions do*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Takahashi, Arai et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Intersentia, 2007.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris prudentia: More geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, México, Fontamara, 2013.
- , *Razonamiento jurídico y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, IIJ-UNAM, 2013.
- Taylor, Charles, *Hegel and modern society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- Taylor, Matthew, *Judigin policy. Courts and policy reform in democratic Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- Valcárcel, Amelia, *Ética para un mundo global*, Madrid, Temas de hoy, 2002.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, IIJ-UNAM, 2015.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2010.
- , *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.
- Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, IIJ-UNAM, 2016.
- Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005.
- Viola, Francesco, “Il futuro del diritto”, en *Lectio magistralis di commiato*, Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Palermo, 26 noviembre 2012.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica, 2008.

- , *Tractatus lógico-philosophicus*, Madrid, Alianza, 1984.
- Wright, Georg, “Is and ought”, en Bulygin, Eugenio *et al.* (comps.), *Man, law and modern forms of life*, Dordrecht, Reidel, 1985.
- Young, Ernest, “Judicial activism and conservative politics”, en *University of Colorado Law Review*, núm. 73 (4), 2002.
- Zaccaria, Giuseppe, “La jurisprudencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica”, en *Doxa Isonomía*, núm. 32, abril de 2010.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.
- y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

***Interpretación de las restricciones constitucionales
Una visión desde la argumentación y la hermenéutica***
de Ramsés Montoya Camarena
se terminó de imprimir en septiembre de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de 1000 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral

MARIELA PONCE VILLA

Intransigencia constitucional.

Sobre los límites de la tolerancia en el Estado constitucional de derecho

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

Teorías contemporáneas de la justicia.

Introducción y notas críticas

RODOLFO VÁZQUEZ

(En coedición con el IJ-UNAM)

Diálogos democráticos

LUIS ESPÍNDOLA MORALES

ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

(En coedición con el

Instituto Electoral del Estado de Querétaro)

Interamericanización del derecho a la salud

Perspectivas a la luz del caso

Poblete de la Corte IDH

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

LAURA CLÉRICO (COORDS.)

Impacto de la corrupción en los derechos humanos

CARLOS TABLANTE

MARIELA MORALES ANTONIAZZI (EDS.)

Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas

LAURA CLÉRICO

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

FELIPE GONZÁLEZ MORALES

INTERPRETACIÓN DE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

UNA VISIÓN DESDE LA ARGUMENTACIÓN Y LA HERMENÉUTICA

Más allá de los cuestionamientos que varios académicos han formulado sobre la congruencia de las restricciones constitucionales a los derechos fundamentales, hasta el momento no existe un estudio detallado que proponga las bases para construir una teoría que sirva para constatar si dichas restricciones son legítimas para la tutela adecuada de los derechos dentro del nuevo modelo constitucional que rige en México.

Ante tal escenario, esta obra pretende responder al interrogante de si las restricciones en materia de derechos humanos pueden encontrar un aval normativo en el modelo constitucional, y si es posible evaluar la legitimidad de las mismas.

Para lograrlo, el presente trabajo se ha estructurado en tres apartados: el primero busca aclarar si existe alguna relación entre derecho y justicia; en el segundo se describe qué aproximación epistemológica actual permite integrar esa relación desde la teoría contemporánea y las connotaciones que ello guarda con la tarea que juega el intérprete y, por último, se enfrenta la problemática de si, a partir de estos elementos, es posible proponer una metodología de evaluación de los límites de los derechos para conseguir su legitimidad.

Invitamos al lector a adentrarse en estos temas de notoria trascendencia para la ciencia del derecho y de gran impacto para el pleno disfrute de los derechos reconocidos por el orden constitucional.

ISBN 978-607-7822-54-7



9 786077 822547

QRO
ORGULLO
DE **MX**



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO