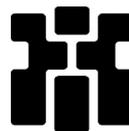




Disponible en www.sciencedirect.com

Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México

www.historicas.unam.mx/publicaciones/revistas/moderna/moderna.html



INSTITUTO
DE INVESTIGACIONES
HISTÓRICAS

Artículo original

El derecho mexicano entre legalismo y constitucionalismo (anotaciones de historia constitucional)



The Mexican legal order between legalism and constitutionalism (Notes on constitutional history)

Ramón Ortega García

Instituto de la Judicatura Federal, Ciudad de México, México

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 5 de octubre de 2016

Aceptado el 30 de mayo de 2017

On-line el 22 de junio de 2017

Palabras clave:

Ley

Constitución

Control judicial de la constitucionalidad

Amparo

Derechos humanos

R E S U M E N

El presente trabajo describe en forma sucinta los principales rasgos de los dos modelos normativos que han estado en vigor en el México independiente: el legalismo, por un lado, y el constitucionalismo, por el otro. Mientras que el primero surge de la mano de las primeras Constituciones del siglo XIX y ya en el siglo pasado se vincula directamente a la de 1917, el segundo es un modelo aún en etapa de formación que tiene en las reformas constitucionales de junio de 2011 sus más claros antecedentes.

© 2016 Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND

(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Correo electrónico: ramon.ortega1976@hotmail.com

La revisión por pares es responsabilidad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<https://doi.org/10.1016/j.ehmcm.2017.05.001>

0185-2620/© 2016 Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

A B S T R A C T

Key words:

Law
 Constitution
 Judicial review
 Amparo trial
 Human rights

This paper describes the main features of the two normative models that have been in force in the Mexican legal order since this country achieved its independence, namely: legalism and constitutionalism. Whereas the first one emerges side by side with the Mexican Constitutions of the Nineteen Century, and has its most recent roots in the 1917 Constitution, the second one is still in a developing stage, having its clearest background in the constitutional amendments of June 2011.

© 2016 Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas. This is an open access article under the

CC BY-NC-ND license

(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Propósito

La idea general que recorre este trabajo es que el derecho en México —desde que este país alcanzó su independencia— ha estado marcado por dos grandes modelos normativos que se suceden en el tiempo. El primero es un modelo de tipo legalista cuyos antecedentes remotos se ubican en el siglo XIX; surge de la mano de las primeras Constituciones mexicanas y se vincula a la Constitución de 1917 y a la legislación emanada de ella durante el siglo pasado. El segundo corresponde a un constitucionalismo fuerte que está en plena etapa de formación: aunque sus antecedentes más claros pueden hallarse en la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 que refuerza la garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana de 17 al sumar al amparo las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, el modelo como tal toma un gran impulso a partir de la enmienda constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos y de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011.

La principal diferencia entre el legalismo y el constitucionalismo puede expresarse así: mientras que el primero se funda sobre el valor supremo de la ley y del principio de legalidad, el segundo se finca sobre la supremacía de la Constitución y el respeto a los derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

Este modelo constitucional es a la vez complementario y superador del modelo legalista. Es complementario, entre otras cosas, porque no abandona el principio de legalidad, verdadero pilar del Estado de derecho legislativo, sino que lo complementa y refuerza con los principios de constitucionalidad y convencionalidad, que son propios del Estado constitucional contemporáneo. Pero es claramente superador en otros aspectos igualmente importantes. Ocurre así, por ejemplo, en el caso de las fuentes del derecho, que en el constitucionalismo ya no se reducen a una sola, la otrora poderosa ley, sino que su elenco se amplía considerablemente para abarcar nuevas formas de juridicidad, que si bien no son totalmente inéditas, sí habían desempeñado, hasta ahora, un papel escasamente relevante: piénsese en el derecho internacional de los derechos humanos de origen convencional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Lo que me propongo hacer en las próximas páginas es describir pormenorizadamente los principales rasgos de estos dos grandes modelos normativos, y defenderé la tesis de que en la actualidad el derecho mexicano se encuentra a caballo entre uno y otro.

La exposición que sigue estará dividida de la siguiente manera: empezaré hablando de las principales características del legalismo tradicional; continuaré con aquellas propias del constitucionalismo emergente, procurando resaltar los cambios suscitados al interior de nuestro derecho a raíz de su aparición, y finalizaré adelantando algunas conclusiones sobre el futuro del derecho mexicano bajo la confluencia de ambos modelos.

Antes de comenzar me parece pertinente una aclaración: los términos «legalismo» y «constitucionalismo» que utilizo para describir el desarrollo del derecho en México han sido

ampliamente documentados por la teoría del derecho contemporánea más influyente que parte de la distinción entre el modelo del Estado de derecho legislativo y el modelo del Estado de derecho constitucional. Diversos teóricos consideran que la gran diferencia entre uno y otro radica en que en el primero es suprema la ley general y abstracta, válida exclusivamente por razones de forma y no de contenido; en tanto que en el segundo, la ley, así considerada, retrocede frente a la Constitución en su carácter de norma suprema y fuente de las condiciones de validez formales y materiales del conjunto de leyes que constituyen parte del ordenamiento jurídico¹. Ahora bien, lo que habré de argumentar es que el derecho en México se encuentra precisamente en un momento de transición entre un Estado de derecho legal con un modelo legalista propio del siglo XIX y del XX, y un Estado de derecho constitucional y convencional aún en etapa de formación, y cuyo futuro hasta ahora es incierto, dado que el legalismo no ha sido superado en su totalidad.

El legalismo mexicano tradicional

La principal característica del modelo legalista es que el derecho se identifica con la ley. Otras formas de juridicidad quedan supeditadas a ella; ejemplos claros son la costumbre y el derecho internacional. En el caso de la primera, el artículo 10 del antiguo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 indicaba expresamente que en contra de la observancia de la ley no podía alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario, por lo que era inconcuso que la costumbre estuviera por encima de la legislación; y en el segundo ocurre que durante mucho tiempo se ubicó a los tratados internacionales al mismo nivel de las leyes según varias tesis de la séptima y octava épocas del Semanario Judicial de la Federación, pero nunca por encima de ellas.

En este tipo de modelo a las Constituciones mexicanas, en general, se les confía básicamente la organización de los poderes públicos y su equilibrio mediante el establecimiento de un sistema de competencias formales. Los controles judiciales de la constitucionalidad de leyes y actos, a partir del Acta de Reformas de 1847 y hasta fines del siglo XX, se resuelven en uno solo, el amparo, que desde su origen produce efectos limitados, *inter partes*. Con esto se confirma la marcada deferencia al legislador democrático y a su obra, pues a la ley no se le priva de validez para efectos generales a través de una sentencia judicial.

El modelo legalista determina a su vez la forma de impartir justicia a cargo de los tribunales judiciales del país. El artículo 14 de la Constitución ordena, todavía hoy, que el juez en materia civil se constriña a la letra de la ley y solo a falta de ley escrita puede recurrir a su interpretación y a los principios generales del derecho. En materia penal es aún más acusada la interpretación de la ley según el sentido literal y exacto de sus palabras, quedando categóricamente prohibida la aplicación de la misma por analogía y por mayoría de razón.

De igual modo se acepta el dogma de la plenitud o completitud de la ley. Que la ley debe ser necesariamente completa es la consecuencia inmediata de la prohibición para el juez de abstenerse de resolver los casos so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia del texto legal (artículo 18 del antiguo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928). Eso, y las obligaciones consignadas hasta nuestros días en los artículos 14 y 16 constitucionales de aplicar la ley en forma exacta y de interpretarla de manera literal, respectivamente, llevan a la conclusión de que el juez se encuentra atado a la ley, y en esta vinculación reside la fuente de su legitimidad, por lo que en los supuestos de lagunas el juez debe hacer como si la solución estuviese contenida en las disposiciones legales expresas, aunque en los hechos no sea así.

Ciertamente este modelo legalista se ve reforzado por lo resuelto en las tesis y en la jurisprudencia de los tribunales federales, principalmente de la primera a la octava época del Semanario Judicial de la Federación, y hay muchas máximas generales que lo respaldan: *nullum crimen, nulla poena sine lege; in claris non fit interpretatio*, etc. Tales rasgos del legalismo se encuentran tan arraigados en nuestra

¹ La bibliografía sobre el particular es casi inabarcable. Destaco dos casos iluminadores: el primero, Gustavo Zagrebelsky, uno de los pioneros que teorizó la distinción entre Estado de derecho legal y Estado de derecho constitucional; el segundo, Luigi Ferrajoli, en cuya última obra sigue confirmando dicha diferenciación. Para el primero (Zagrebelsky, 1995), el paso de un modelo a otro significa una auténtica ruptura; para el segundo (Ferrajoli, 2014), en cambio, supone una evolución, un perfeccionamiento.

conciencia jurídica, en nuestra forma de pensar y vivir el derecho, que es difícil escapar de él. Como dijera el jalisciense Juan Rulfo sobre el viento que sopla en *Luvina*: «Luego rasca como si tuviera uñas: uno lo oye a mañana y tarde, hora tras hora, sin descanso, raspando paredes, arrancando tecatas de tierra, escarbando con su pala picuda debajo de las puertas, hasta sentirlo bullir dentro de uno como si se pusiera a remover los goznes de nuestros mismos huesos. . .»; así parece haber hecho el legalismo con nosotros.

Para efectos de este trabajo resumiré en unos cuantos puntos clave el contenido básico del legalismo: su base mínima, por así decirlo. Abarca por igual aspectos relacionados con el papel de la ley y su aplicación, las fuentes del derecho, el carácter de la Constitución y los derechos humanos².

Imperio de la ley y principio de legalidad

Si hay algo que define al modelo legalista es precisamente el imperio de la ley. La ley es entendida aquí como la norma general y abstracta dictada por el Congreso de la Unión siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 71 y 72 constitucionales; es decir, se asume un concepto de ley en sentido formal y material. Desde este enfoque el imperio de la ley encuentra expresión en el principio de legalidad, verdadera piedra angular del Estado de derecho, y que más que estar recogido en el artículo 14 de la Constitución está consignado en el artículo 16 constitucional según la autorizada opinión de Antonio Carrillo Flores³. El imperio de la ley puede constatarse a través de distintos medios: simplemente en la Constitución existen múltiples referencias a su primacía, y no solo en materia penal donde rige el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*; el artículo 31 constitucional dispone que las contribuciones fiscales también estén establecidas de manera expresa en una ley formal y material. Hay asuntos, por lo demás, que suelen estar reservados al conocimiento exclusivo de la ley (principio de reserva de ley). La deferencia a la ley es tan marcada, que incluso su interpretación se confía constitucionalmente al propio órgano legislativo, único que ostenta la representación nacional, por considerar que es el más legitimado para hacerlo (interpretación auténtica de la ley). Ya en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 se depositaba esta facultad interpretativa en manos del Congreso federal. Y otro medio de constatar ese status especial de la ley es que para privarla de efectos generales se requiere un acto de la misma naturaleza, es decir, otra ley que la derogue, pues a diferencia del sistema norteamericano de la *judicial review*, donde basta una sola decisión para anular la ley, en México la sentencia de amparo que declara a una ley inconstitucional solo se limita a suspender su aplicación en el caso concreto pero no la anula ni la deroga. Este otro elemento confirma no solo la primacía de la ley, sino su carácter cuasi-sagrado.

Catálogo taxativo de fuentes del derecho

El antiguo Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 en su artículo 19 fijaba una lista taxativa de fuentes del derecho: en primer lugar, ocupando el lugar más alto, la ley; después, a falta de ley, le seguían, en este orden: la jurisprudencia y los principios generales del derecho. El artículo 19 del Código Civil de 1928 tenía su justificación en el último párrafo del artículo 14 de la Constitución de 1917. Pero donde más claramente se aprecia el valor de la ley como única y exclusiva fuente de calificación del derecho es en el artículo 14 de la Constitución de 1857, que en su segunda parte declaraba: «Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y esactamente [sic] aplicadas a él. . .», con lo cual dejaba de lado a otras fuentes dotadas de autoridad para juzgar y sentenciar. Lo que la Constitución de 1917 hizo fue confirmar a la ley como fuente primaria del derecho en México y, de paso, subordinar a su imperio a las demás formas de juridicidad. Ya mencioné como ejemplos a la costumbre y al derecho internacional convencional. En cuanto a los

² En lo sucesivo, cuando aluda a la Constitución mexicana o, simplemente, a la Constitución, y siempre que no indique otra cosa, me estaré refiriendo a la de 1917.

³ Véase Carrillo Flores (1981, p. 75). Esta obra del autor recopila diversos trabajos suyos escritos a lo largo de los diez años anteriores a la fecha en que fue publicada, incluidos el discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia de junio de 1972 y las conferencias dichas en el Colegio Nacional en marzo y abril de 1975, agrupadas bajo el título *Reflexiones con motivo del sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia*.

tratados internacionales, con independencia de la materia sobre la que versaran, ha sido una cuestión de debate permanente, tomando como referencia a la Constitución de 17, la de su ubicación exacta en la estructura piramidal del ordenamiento. Si se me pregunta, diría que la confusión tiene su origen en la redacción paupérrima del artículo 133 constitucional, que incluye dentro de la ley suprema de toda la Unión tanto a las leyes federales como a los tratados, pero sin definir el lugar exacto que ocupan unas y otros, y ello ha motivado las más variadas interpretaciones jurisprudenciales. Aunado a esto último está nuestra forma particular, que en realidad no tiene nada de autóctona, de pensar las fuentes del derecho en términos de jerarquía, y, por ende, de querer ver *necesariamente* a unas por encima de otras.

La Constitución tiene como función principal la organización política del Estado y la distribución de competencias entre los poderes públicos

Es un hecho que las Constituciones mexicanas, desde siempre, han dado prioridad a esta función organizativa. Durante el siglo XIX las distintas cartas constitucionales oscilaron entre el federalismo y el centralismo. La Constitución de 1857 fue federalista pero dio predominio al Legislativo. La de 1917, también federalista, dio en cambio mayor peso al Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial. Esto último básicamente obedeció, siguiendo una hipótesis planteada hace muchos años por Daniel Cosío Villegas, a que los constituyentes de Querétaro actuaron inspirados en el libro *La Constitución y la dictadura* del insigne constitucionalista Emilio Rabasa, en donde además de afirmar que el régimen autocrático de Porfirio Díaz había sido fruto del escaso desarrollo político nacional y no, como solía (o suele) creerse, el resultado de la ambición o el capricho de un hombre, se concluía que «la Constitución de 57, al limitar las facultades del Ejecutivo, había impuesto la dictadura extra-constitucional»⁴; y es que es un hecho bien explorado que estando vigente la Constitución de 57, Juárez se vio obligado a arrogarse facultades que no estaban contempladas en ella para hacer frente a los conflictos sociales y políticos de la época. Y fue tan alto el nivel de ineficacia que alcanzó la Constitución de 57 durante el gobierno juarista, que el propio Rabasa llamó a este período de nuestra vida constitucional «la dictadura democrática»: «Con la Constitución no gobernó nunca», expresaba Rabasa sobre el benemérito Juárez⁵.

Entonces, asumiendo como válida esta hipótesis, los constituyentes de Querétaro habrían dado mayor peso al Poder Ejecutivo para evitar que se repitiera la crisis de la segunda mitad del siglo XIX, cuando el presidente de la República debía gobernar al margen de la Constitución, al concederle esta demasiadas prerrogativas al Congreso, formado por una sola Cámara, la de diputados, lo que a su vez se explica porque los constituyentes de aquellos años deseaban fortalecer al Legislativo frente al Ejecutivo y así cerrar el paso a cualquiera cuyo deseo fuese perpetuarse en el poder como había hecho Santa Anna.

Ahora bien, volviendo a la Constitución de 1917, y no obstante que la hipótesis de Cosío Villegas no ha sido comprobada, nadie puede dudar que esta Constitución «... creó un ejecutivo extraordinariamente poderoso, y que de allí emanan muchas de las facultades amplias de que goza en México el presidente de la República»⁶. El predominio del Ejecutivo a partir de la Constitución de 17 se explica también por otros factores que han sido documentados por estudiosos como Jorge Carpizo: no solo históricos, sino antropológicos y psicológicos⁷. Pero lo que me interesa destacar es lo siguiente: el poder predominante del presidente de la República en México que lo convirtió en un emperador sexenal; en el centro indisputable de la pirámide política; en el jefe de todo el sistema y en una especie de monarca absoluto «mil veces más intocable que la familia real inglesa»⁸, le dio al de turno la posibilidad de reformar la Constitución cuantas veces quisiera; y esto por una serie de elementos de carácter político que convergían en la figura del presidente: por ejemplo, él era «dueño del PRI»⁹; el Congreso federal se conformaba casi en su totalidad por legisladores de dicho partido, de manera que había

⁴ Cosío Villegas (1972, p. 23).

⁵ Rabasa (1912, p. 144).

⁶ Cosío Villegas (1972).

⁷ Véase Carpizo (1978).

⁸ Pablo Neruda, *Confieso que he vivido*, Seix Barral, Barcelona, 1974, en Carpizo (1978, p. 31).

⁹ Cfr. Paz (1970).

pocas posibilidades de que se opusieran a las decisiones del presidente; además, este nombraba y removía a los gobernadores de los Estados y de ellos dependían los diputados de los congresos locales, de modo que la aprobación de las reformas a la Constitución por parte de las legislaturas era vista, en realidad, como un simple trámite; con lo anterior quedaba seriamente cuestionada la rigidez de la Constitución y, de paso, su carácter de norma jurídica obligatoria.

No puede ser soslayado que, durante buena parte del siglo XX, el modelo legalista estuvo ligado al presidencialismo mexicano, y los poderes metaconstitucionales del presidente contribuyeron a minar la fuerza normativa de la Constitución haciendo que se pareciera más a una norma de tipo programático. Por eso, el propio Carpizo afirmaba en 1969 que:

Las opiniones en México están unificadas para declarar que la Constitución de 1917 no se cumple. Distinguidos maestros como Lombardo Toledano [uno de los Siete Sabios de México, la generación del 15 que sucedió a la del Ateneo de la Juventud]¹⁰ lo han puesto de relieve. El citado y conocido polemista así lo declaró en la Cámara de Diputados (revista *Siempre*, 5 de enero de 1966)¹¹.

Antes ya había aludido a la misma publicación, en cuyo editorial de esa fecha se decía:

... el mexicano no se siente, de verdad, regido por la Constitución. Mientras nos enorgullecemos de ella y la presentamos ante los extranjeros como un modelo, tenemos el sentimiento íntimo de que se trata de un artículo de lujo, bueno para conmemoraciones y actos oficiales, pero carente de vigencia en nuestras vidas cotidianas. Dicho de otra manera, la Constitución no se respeta. Y esto no sucede solo en aquellos capítulos de ella que —como los contenidos en los artículos 27 y 123— tienen en cierto modo un carácter programático, por adelantarse a su tiempo. Sucede también con las disposiciones básicas sobre garantías individuales, que todas las Constituciones de los países civilizados incluyen [...] Hemos de concluir —señalaba Carpizo— que nuestra Constitución sigue siendo un proyecto por realizar¹².

Hay una sola forma limitada de control judicial de la constitucionalidad: el amparo

Este nace originalmente como un medio de control de la constitucionalidad limitado en tres aspectos importantes. Tal como lo consagró por vez primera a nivel federal el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, el amparo estuvo acotado en cuanto a: 1) su objeto de protección; 2) las autoridades contra las que procedía, y 3) los efectos que generaba. Según esa disposición constitucional, el amparo protegía exclusivamente los derechos del hombre consignados en la propia Constitución y en las leyes constitucionales sin posibilidad de extenderse más allá de este punto; era procedente en forma exclusiva contra actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, quedando fuera los del Judicial; y limitaba su protección al «caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare» (la fórmula Otero).

Fue después, con el pasar de los años, en documentos constitucionales de fecha posterior, como esas limitaciones fueron suavizándose. Por ejemplo, la Constitución de 1857, en su artículo 101, ampliaba el objeto de protección del amparo hasta comprender las leyes o actos de cualquier autoridad, quedando por ende incluidos los de los tribunales que violaran las garantías individuales (fracción I); las leyes o actos de la autoridad federal que vulneraran la soberanía de los Estados (fracción II), y las leyes o actos de las autoridades estatales que invadieran la esfera de la autoridad federal (fracción III). Solo que la propia Constitución de 57, en su artículo 102, condicionaba la procedencia del amparo a que el solicitante fuere la parte agraviada, y mantenía además los efectos relativos del amparo.

¹⁰ Las principales referencias a la generación de 1915, a la que perteneció el grupo de «los Siete Sabios» de México, están en Krauze (1976). Alguna mención de ella hace Cosío Villegas en sus *Memorias*, publicadas póstumamente (Cosío Villegas, 1976, pp. 49-62 *passim*). Para una exposición de las distintas generaciones culturales que marcaron el siglo xx mexicano, incluida la generación fundadora del 15, cfr. Krauze (1998, pp. 139-186).

¹¹ Carpizo (1969, p. 150).

¹² Carpizo (1969, pp. 84-85).

Especial interés reviste el tema de las autoridades contra las que podía ser incoado el llamado juicio de garantías. Ocurre que en el artículo 8 de la Ley de Amparo de 1869 se declaró que el recurso sería improcedente en los negocios judiciales, incurriéndose en una violación al artículo 101 de la Constitución de 57. En ese mismo año, la Suprema Corte de Justicia dictó la famosa ejecutoria «Miguel Vega» por la que declaró inconstitucional el artículo 8 de la citada ley. Los hechos del caso fueron objeto de una crónica judicial publicada el 8 de mayo de 1869 en *El Derecho. Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, informando que el licenciado Vega, juez de primera instancia de Sinaloa, ocurrió al juez de Distrito respectivo pidiendo el amparo contra una resolución del Tribunal Superior de Justicia de ese Estado que no solo revocó la sentencia de primera instancia, sino que impuso al juez la pena de suspensión de un año en el ejercicio de su profesión de abogado debido a ciertas irregularidades en la sustanciación de una causa seguida de oficio.

El juez de Distrito —según la crónica— se negó a abrir el juicio de amparo fundándose en el artículo relativo de la ley orgánica de 20 de enero último, que ordena que en materia judicial no haya amparo. Apelada esta resolución del inferior, la Corte, en acuerdo pleno tuvo que examinar esta cuestión: si procedía el amparo á pesar del artículo de la ley orgánica, supuesto que el artículo 101 de la Constitución previene que los Tribunales federales resuelvan toda controversia que se suscite por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. Se trataba, pues, de saber, en el conflicto de la ley orgánica con la Constitución, cuál debería prevalecer, y si la Corte podía fallar contra las prevenciones de la ley secundaria, por salvar la incolumidad de la ley fundamental¹³.

Tras declarar el juzgado de Distrito inadmisibile el recurso de amparo fundándose en la ley de 1869, la Corte, por mayoría de un solo voto, revocó el auto del juez; le ordenó abrir el juicio y sustanciarlo hasta su conclusión, recayéndole sentencia definitiva de 20 de julio del mismo año en la que se otorgó al recurrente el amparo contra la providencia del Tribunal Superior de Justicia por haber violado en su persona la garantía consignada en el artículo 4.º constitucional.

La importancia de esta decisión histórica de la Suprema Corte no puede ser exagerada. No tanto porque diera como resultado que los siete magistrados que fallaron a favor del juez Vega fueran sometidos a juicio político ante la Sección del Gran Jurado del Congreso de la Unión acusados de fallar contra una ley expresa, acusación que despertó en su momento la reacción enérgica del *Nigromante*¹⁴. Su importancia está en que, con ella, «la Suprema Corte cambió para siempre, por lo menos hasta hoy, el curso de su propia historia»¹⁵. Y es que a partir de ese fallo emblemático, conforme a la opinión de Carrillo Flores, el amparo comenzó un proceso degenerativo que tiene repercusiones hasta la época actual: porque habiendo sido concebido originalmente como un mecanismo de defensa frente al Legislativo y al Ejecutivo, mas no frente al Poder Judicial, se le declaró procedente contra las sentencias judiciales por inexacta aplicación de las leyes según la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución, debiendo conocer de tales asuntos la Suprema Corte, con lo cual «se echó encima la “tarea imposible” de revisar a través el amparo las decisiones de todos los tribunales de la República»¹⁶, y eso fue tanto como sacralizar al amparo para hacerle cumplir un propósito que no estaba en los planes de sus creadores; el resultado fue, ni más ni menos, el centralismo judicial que en cierta medida sobrevive hasta nuestros días.

¹³ «Crónica Judicial», *El Derecho. Periódico de Jurisprudencia y Legislación*, t. II, núm. 19, sábado 8 de mayo de 1869, México, p. 339. La crónica también figura entre los documentos que forman el apéndice de la obra de don Silvestre Moreno, quien fuera magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Moreno, 1902, pp. 783-788).

¹⁴ En el editorial del domingo 6 de junio de 1869 del diario *El Elector*, publicado con el título «La Suprema Corte», el ilustre Ramírez (que era uno de los siete magistrados acusados) salió en defensa del máximo tribunal de justicia del país al destacar la función que esta instancia cumple en la protección del orden constitucional a través del juicio de amparo. «El amparo contra toda ley, contra todo acto —afirmaba—, es el ejercicio supremo de la soberanía; el depositario de tanto poder debe ser irresponsable: en la Nación sólo aparecen dos instituciones que no tienen más límite que las leyes constitucionales y son los jurados y la Suprema Corte; desechados los jurados, sólo el primer tribunal de la Nación era digno de custodiar ese depósito sagrado. Mas para evitar el inconveniente de la distancia a que se encuentran la mayor parte de los ciudadanos de la Corte Suprema, se confió una suma de ese poder a los tribunales subalternos. De aquí proviene que la Suprema Corte, “amparando”, es superior a todas las autoridades, y sólo es responsable ante el pueblo, juez de todos los funcionarios» (Ramírez, 1869).

¹⁵ Carrillo Flores (1981, p. 120).

¹⁶ Carrillo Flores (1981, p. 126).

Pero, en fin, ciñéndome al tema central de estos comentarios he de agregar que en la Constitución de 1917 (artículo 103) se reproduce el contenido del artículo 101 de su antecesora de 1857; se mantiene la condición (en el artículo 107) de que el juicio constitucional se siga a instancia de parte agraviada y los efectos relativos de la sentencia que concede el amparo, de manera que este seguía siendo una forma de control de la constitucionalidad al que aquejaban serias limitaciones. Y si a esto se suma el hecho de que el amparo fue —durante más de un siglo y medio— el único medio de control judicial de la constitucionalidad que estuvo expresamente reglamentado, y que finalmente en 2011 se incorporó la declaratoria general de inconstitucionalidad de leyes, paliando en cierta medida la fórmula Otero, puede apreciarse que en el modelo legalista la garantía de la Constitución fue más una idea que un hecho.

Y no es que hayan faltado voces que se alzaran contra dicha realidad. El propio Carrillo Flores reconocía —desde tiempo atrás— lo deseable que sería que otras formas de control de la constitucionalidad a cargo de los tribunales judiciales —que habían surgido jurisprudencialmente— recibieran reglamentación por medio de una ley. Y sobre la relatividad de las sentencias de amparo mencionaba cuán importante sería que:

... modificándose la fórmula que Otero acogió en el Acta de Reformas y que conservaron los Constituyentes de 1857 y después de los de 1917, las sentencias de amparo que condenen una ley como inconstitucional valgan no solo para el caso concreto sino para cualquier otro. Acaso, como yo me he atrevido a proponerlo, una fórmula intermedia y realista fuese que las sentencias de que vengo hablando se comunicasen al Congreso respectivo, ya fuese federal o local, para que éste derogase la ley o la modificara para ajustarla a los términos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia¹⁷.

Y en un discurso con motivo de su ingreso a la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia en 1972, Carrillo Flores añadía, con la erudición que le caracterizaba:

... considero [...] que la fórmula Otero ya cumplió su cometido. Aparte de que se construyó sobre un error de Tocqueville: no es cierto que en Estados Unidos las leyes inconstitucionales mueran «por los golpes redoblados de la jurisprudencia». Mueren por un solo fallo, y solamente una enmienda constitucional puede revitalizarlas. En México deberíamos aspirar a lo mismo: las decisiones de la Suprema Corte declarando inconstitucional una ley, cualquiera que fuera el procedimiento dentro del cual se hubieran dictado, deberían comunicarse a los respectivos Congresos, publicarse en el Diario Oficial y de inmediato dejar de tener vigencia en el punto concreto, como si hubiesen sido derogadas. La notificación al Congreso respectivo tendría por objeto dar a éste la oportunidad de corregir la irregularidad señalada por la Corte, en caso de que ello fuese posible, o que pudiese legislar acerca de los problemas que la decisión judicial eventualmente creara¹⁸.

En años más recientes, otras voces, anticipándose a la reforma del 6 de junio de 2011, se sumaban al reclamo de modificar (o incluso de eliminar) la consabida fórmula. El tiempo parece haberles dado la razón.

Los derechos humanos son otorgados por el Estado y encuentran su medida en la Constitución

En la Constitución de 1917 no se encuentra ya la declaración filosófica del artículo 1.º de la de 1857. Sobresale en cambio una visión más realista y jurídica para la cual los derechos humanos existen como derechos *jurídicos* solo si la Constitución los otorga y en la medida exacta en que ella los otorga.

Con ello se dio más importancia a la garantía del derecho que al derecho mismo. Afirmaba el diputado Macías, uno de los constituyentes de Querétaro:

¹⁷ Carrillo Flores (1981, pp. 32-33).

¹⁸ Carrillo Flores (1981, p. 78).

Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales.

Y aunque no han faltado quienes aseguren que la fuente de las garantías consagradas en la Constitución de 17 fue la misma que en 1842, 1843 y 1857, es decir, la idea de los derechos del hombre, no debemos olvidar que pocos años antes de que estallara la Revolución de 1910, en 1906, Emilio Rabasa escribía unas palabras que eran el reflejo del escepticismo filosófico generalizado en ese tiempo, que llevaba a mirar con extrañeza a los derechos humanos como derechos naturales; palabras dichas, por cierto, en un contexto estrictamente científico en el que Rabasa ponía en duda la interpretación de Lozano y Vallarta sobre el artículo 14 de la Constitución de 1857 (el segundo, en concreto, exigía que el agravio motivo del recurso de amparo fuese un verdadero derecho del hombre y no uno de los llamados derechos civiles): «... pero lo malo —decía Rabasa— es que no sabemos cuáles son los derechos naturales del hombre, ni llegaron nunca a definirlos con claridad los partidarios del Derecho natural»¹⁹.

Antonio Carrillo Flores ha especulado que a ese escepticismo concurren causas de distinta índole, incluidas naturalmente las culturales, destacando entre ellas de manera notable el auge del positivismo en México, que desde Francia había traído el médico y filósofo Gabino Barreda y quien en 1867 pronunció su famosa *Oración cívica*. Sabido es, además, que esta doctrina fue la ideología que hicieron suya los hombres reunidos en torno al régimen porfirista, los llamados Científicos.

El positivismo (en su versión darwiniana) justificaba el progreso y el bienestar material de la élite en el poder, pero excluía a las masas, al pueblo, considerado menos apto desde el punto de vista evolutivo. Vasconcelos y los demás ateneístas, Alfonso Reyes y Antonio Caso, entre ellos, criticaron fuertemente esa ideología oficial: en el fondo, la lucha que libraban era por la inclusión y por el derecho a intervenir en la cultura. Los positivistas como José Torres, a su vez, se defendieron afirmando que su filosofía nada tenía que ver con el régimen de Díaz y que el positivismo no podía ser el responsable del malestar social originado por el porfirismo; las verdaderas causas del desastre nacional había que buscarlas en otro lado.

Torres pretendía salvar a la doctrina positiva, desligándola de su aplicación en los hechos: es decir, distinguiendo el aspecto teórico y el práctico; las críticas al positivismo, decía, se refieren a su realidad, pero el ideal positivista permanece vigente; a lo que otro filósofo contemporáneo, Leopoldo Zea, en varios estudios sobre el tema²⁰, se opuso luego de observar que todas las filosofías son expresiones de una determinada circunstancia histórica, el positivismo incluido, pues a este se le trajo a México no para ser discutido teóricamente, sino para resolver una serie de problemas sociales; de tal suerte que el balance del positivismo, según Zea, debía partir de una visión de conjunto.

No puedo detenerme en los pormenores de esta discusión. Simplemente destaco lo siguiente: fue en el seno del positivismo donde se formaron los grandes juristas de fines del siglo XIX y principios del siglo pasado, y la fuente del escepticismo de autores como Rabasa reside precisamente ahí. Comenta Carrillo Flores:

La idea de que un hombre no tiene otros derechos que aquellos que le otorgan la sociedad en que vive y las normas jurídicas que la rigen, era compartida, desde que Gabino Barreda

¹⁹ Rabasa (1906, p. 119). Interesante es hacer notar que las palabras dichas por Rabasa sobre los derechos naturales del hombre compartían el tono de las de dos ilustres positivistas del régimen porfirista, don Justo Sierra y don Francisco G. Cosmes, cuyos comentarios ocuparon las páginas del periódico *La Libertad* en los meses de agosto y septiembre de 1878. Ambos autores mantenían una disputa pública con el editorialista del *Monitor Republicano*, don José María Vigil, acerca de la concepción de los derechos del hombre consagrados en la Constitución de 1857. Vigil, «miembro de la vieja escuela liberal», defendía las libertades individuales como derechos naturales y anteriores al Estado; derechos absolutos, imprescriptibles e inalienables, identificándolas con la base de las instituciones sociales; en tanto que Sierra y Cosmes, más comprometidos con la visión realista y crítica del positivismo, las consideraban simples concesiones del poder público, sancionadas con arreglo al criterio de utilidad común y subordinadas a los derechos de la sociedad. Para ellos, defensores del *statu quo*, en una sociedad embrionaria e incoherente, la vigencia de las libertades individuales como derechos absolutos servía solo para precipitar al país a la anarquía; lo que se requería, en cambio, era orden (la «tiranía honrada» de don Porfirio), principal condicionante del anhelado progreso. «¡Derechos! La sociedad los rechaza ya, lo que quiere es pan», proclamaba Cosmes. Cfr. Noriega Cantú (1984, pp. 239-260 *passim*).

²⁰ Los trabajos del autor más conocidos a propósito de la doctrina positivista y su influencia en la cultura mexicana son *El positivismo en México* (Zea, 1943) y *Apogeo y decadencia del positivismo en México* (Zea, 1944).

y sus discípulos dieron el tono de la vida intelectual mexicana, con algunas variantes, por la generalidad de los cultivadores de la ciencia del Derecho hasta fines de la década de los veinte de este siglo. Todavía en esa doctrina se formó mi generación²¹.

Prevalece la aplicación exacta de la ley

El artículo 14 de la Constitución de 1857, al que Rabasa llamó espurio pues se trataba de una copia casi literal de una prevención contenida en las Bases Orgánicas de 1843, que a su vez tenía antecedentes en la Constitución española de 1812, dispuso en su parte conducente: «Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente [sic] aplicadas á él . . . ». Esa palabreja, «exactamente», fruto de la intemperancia en el lenguaje usado por el Constituyente, según el insigne constitucionalista, fue el origen de muchos problemas.

Después de que la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia en el caso del juez Miguel Vega, en 1869, abriera la llave a los amparos en materia judicial por violaciones a la presunta *garantía de la exacta aplicación de la ley* consignada en el artículo 14, y que la Corte se echara sobre sí la imposible tarea de conocer en amparo las decisiones de todos los tribunales del país, hubo quienes trataron de acotar los alcances de dicho precepto ofreciendo un sentido de él más restringido. Así ocurrió con el licenciado don José María Lozano en su obra sobre los derechos humanos de 1876, donde afirmó que la exactitud en la aplicación de la ley no tenía más alcance que la de la materia penal²². En esa interpretación le siguió el ilustrísimo Vallarta, quien además de reforzarla notablemente en sus fundamentos la llevó al máximo tribunal del país²³. Pero a su salida como presidente de la Suprema Corte, en 1882, volvió a darse al artículo por parte de los juzgadores la interpretación amplia que permitía interponer el amparo por inexacta aplicación de las leyes tanto en materia penal como civil; esa forma amplia de entender el precepto sería confirmada por el artículo 57 de la Ley de Amparo de aquel año y, más tarde, en 1897, por el Código Federal de Procedimientos Civiles. A la interpretación triunfante se consagró el estudio del licenciado Miguel Mejía, publicado en 1886 con el título *Errores constitucionales*, en el que hace una defensa apasionada del artículo citado de la Ley de 1882²⁴.

Con todo, los verdaderos errores (horrores) del artículo 14 de la Constitución de 57 se exponen en el célebre estudio de Rabasa²⁵, donde, consciente de que el lenguaje empleado por los constituyentes no admite restringir el sentido del precepto a la materia penal como pretendían Lozano y Vallarta, se dejan ver las nefastas consecuencias de exigir como garantía la aplicación exacta de las leyes:

²¹ Carrillo Flores (1981, pp. 185-186). El tema de la influencia del positivismo sobre el derecho constitucional mexicano está ampliamente tratado en Noriega Cantú (1984, pp., pp. 201-233). Para entender la relación entre el positivismo y la enseñanza jurídica en la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, cfr. Mendieta y Núñez (1975).

²² Los peligros de llevar la aplicación exacta de la ley a los negocios civiles los expresa el egregio jurisconsulto con estas palabras: «... si se admitiera que la garantía de que hablamos [la tercera garantía del artículo 14 constitucional relativa a la aplicación exacta de la ley] lo es en el orden de los juicios civiles, siendo reclamable su infracción por la vía de amparo, no habría negocio alguno civil, cualquiera que fuera su naturaleza ó importancia, que no pudiera llevarse ante la Corte de Justicia. El que pierde un asunto civil, de buena ó de mala fé, cree ó sostiene que la ley no se ha aplicado exactamente al hecho; y si se le permitiera, no dejaría de ocurrir al juicio de amparo como á una última instancia. De esta manera, la Corte de Justicia se convertiría en un tribunal de revisión para todos los negocios y para todas las instancias; desaparecería la soberanía de los Estados y el poder omnímodo de la Corte daría á este alto cuerpo el carácter de una autoridad cuya existencia no se concibe como institución humana». Lozano (1876, pp. 254-255).

²³ El pensamiento del jurista jalisciense sobre esta materia se encuentra en algunos de los votos que, como presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pronunció en diversos asuntos, destacando, entre ellos, el amparo promovido por el C. Antonio Rosales contra autos del Presidente del Tribunal Superior del Estado de Puebla (discutido en las audiencias de los días 19 de junio, 8, 9 y 26 de julio de 1878, habiéndose dictado la sentencia de amparo el mismo 26 de julio). En este juicio, Vallarta sostiene que pretender aplicar lo preceptuado en el artículo 14 constitucional a la materia civil sería tanto como «traspasar los límites de lo absurdo para llegar á lo ridículo» (Vallarta, 1894, pp. 28-29).

²⁴ En el prólogo a esta obra, cuyo título resulta casi inabarcable (Mejía, 1886), el licenciado Mejía comienza diciendo: «Se han proclamado y aceptado por desgracia, como verdades inconcusas, errores constitucionales tan perniciosos que no he podido resistir á la tentación de combatirlos . . . ». Esos errores, continúa diciendo, «deben su origen á personalidades respetables y á jurisconsultos eminentes, cuyo simple nombre ha bastado para dar cierta infalibilidad á sus doctrinas». El autor hace alusión, como se aprecia en el párrafo siguiente al de la cita, a las opiniones de los señores licenciados José María Lozano e Ignacio L. Vallarta, sobre la improcedencia del amparo en los negocios civiles.

²⁵ Rabasa (1906).

Desde el punto en que el modo de aplicación de la ley constituye una garantía individual —dice—, sobre todo si se comprenden en ésta lo mismo la ley que rige el procedimiento que la que se aplica en el fallo, todas las leyes se vuelven constitucionales y tienen los privilegios de tales en su aplicación; ningún condenado dejará de acudir al recurso federal, y siempre alegrará que la sentencia que lo condena o el procedimiento empleado en la averiguación del hecho violaron en su modo de aplicación tal o cual ley común. La justicia federal no podrá excusar del conocimiento del caso y hará una revisión del proceso y de la sentencia, y la misma puerta falsa del artículo 14, por donde toda la legislación común se entra en la Ley fundamental, sirve para echar de la Constitución la independencia judicial de los Estados»²⁶.

En realidad, Rabasa compartía con Vallarta la preocupación por los efectos nocivos que en la práctica acarrea el artículo 14. Pero proponía una solución distinta. Según él, «cuando una ley resulta mala debe ser modificada o suprimida; hacerla buena por una falsa interpretación [como Vallarta había hecho, a su juicio] es prostituir a los magistrados encargados de aplicarla y encomendar a la mentira la defensa de los intereses sociales»²⁷. Sabido es que en el fondo del problema, en el centro de la discusión, latían los equívocos a que dio lugar la palabra que la Comisión redactora del artículo 14 agregó al 9.º, fracción VIII, de las Bases Orgánicas de 1843: la de «exactamente». Porque en este adverbio había un vicio de impropiedad del lenguaje proveniente de una exageración, de una intemperancia que daba pie a lecturas erróneas.

No ahondaré en los argumentos que Rabasa empleó para demostrar su tesis contra Vallarta. La resumo en estos términos: dice el primero que exactitud no significa, en el contexto del artículo 14, literalidad, pues una ley puede ser *exactamente* aplicada al caso de un modo diverso; digamos, por equivalencia de razón, por analogía. En cambio, aplicar una ley con exactitud significa, para estos efectos, que se aplique bien; es decir, cumplidamente, con puntualidad. Y desde este enfoque, la exigencia de aplicar correctamente las leyes no distingue materias. Rabasa reconocía, pues, como dos cosas distintas la aplicación literal de la ley y su aplicación correcta. La primera difícilmente se puede dar; la segunda, en contraste, debe darse sin excepción. Con todo, los males originados por el artículo 14 habrían de persistir durante largo tiempo, pues la propuesta de solución de Rabasa (la reforma del precepto) no se lograría sino años después, con la expedición de la Constitución de 17, donde sus ideas encontraron eco definitivo: la redacción del nuevo artículo 14 corrigió la fórmula intemperante; se logró el propósito buscado por Vallarta prohibiendo la aplicación de penas *por analogía* y *aún por mayoría de razón*, pero sin usar para nada el imprudente adverbio, fuente de no pocas confusiones.

El constitucionalismo mexicano emergente

Del modelo legalista descrito anteriormente sobreviven ciertos rasgos en el contexto actual del derecho mexicano marcado por la influencia del constitucionalismo emergente: es el caso del valor de la ley, que, pese a haber retrocedido frente a la fuerza normativa de la Constitución reconocida por el nuevo modelo, continúa siendo la fuente del derecho por antonomasia; en este sentido, quizá quepa preguntarse por el origen de esa fijación nuestra de querer plasmar toda regulación, por mínima que sea, en leyes y códigos, aunque esto es algo que no habré de responder aquí.

Sobrevive, igualmente, la aplicación exacta de la ley, convertida, por disposición del artículo 14 constitucional vigente, en aplicación conforme a la letra de la ley en materia civil y en prohibición de recurrir a la analogía y al argumento por mayoría de razón en materia penal. Y sobrevive, en fin, el principio de legalidad en sus distintas vertientes aplicativas, tal como aparece sancionado en los artículos 14 y 16 de la Constitución de 17, que es, por lo demás, uno de los dogmas ancestrales del derecho mexicano.

Con todo, y aunque los rasgos señalados del legalismo aún perduran, los grandes cambios constitucionales que se han dado en el país durante los últimos años hacen que hoy por hoy esté en ciernes un nuevo modelo fincado en el valor supremo de la Constitución y en los principios de constitucionalidad

²⁶ Rabasa (1906, p. 69).

²⁷ Rabasa (1906, p. 93).

y convencionalidad. Se trata de un modelo ya no puramente legal, sino *constitucional y convencional*, cuyo fundamento radica en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, así como en el deber de todas las autoridades de protegerlos y garantizarlos.

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

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

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

Sobre este último punto, si una ley contradice a la Constitución por defectos de forma, es decir, porque no se siguió el procedimiento constitucionalmente establecido para su creación, o el órgano que la expidió carecía de facultades para hacerlo, de acuerdo con la propia Constitución; o bien por exhibir un contenido incompatible con ella, digamos, porque viola los derechos humanos reconocidos en el texto constitucional, entonces la ley será declarada nula con efectos generales o *erga omnes* en el marco de los procedimientos de control concentrado.

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

Siguiendo lo dicho hasta ahora, sostendré que el modelo constitucional se identifica a partir de los siguientes elementos, por oposición al legalismo:

Supremacía de la Constitución y principio de constitucionalidad

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

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

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

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

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

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

Así que de la nueva postura adoptada por el máximo tribunal del país resulta evidente que en el derecho mexicano la Constitución es la única norma de carácter supremo. Cito las palabras de doña Margarita Luna Ramos, una de las ministras que votó a favor de la constitucionalidad del arraigo, tomadas de su colaboración para el periódico *El Universal*, del 21 de abril de 2015:

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

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

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

A lo que entonces yo preguntaría: ¿qué se gana realmente con defender a ultranza la legalidad de medidas violatorias de derechos humanos como el arraigo, sobre todo si en el camino se transgreden tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano? Más aún, si, como lo expusieron otros ministros durante la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, el arraigo viola diversos derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de 1969 del que México es parte, ¿no sería preferible declararlo en esos términos antes de que la Corte IDH emita una condena a nuestro país? El

artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es categórico: ningún Estado puede invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Y si bien el arraigo domiciliario solo procede para delitos graves en términos del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, la delincuencia no debería combatirse violando los derechos de las personas. Tomarse en serio los derechos de todos exige ir en busca de otros medios.

La Constitución es norma obligatoria, rematerializada y directamente aplicable

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

Avalan esta tesis no solo razones *intrasistemáticas*, como la cláusula de interpretación conforme establecida en el segundo párrafo del artículo 1.º constitucional desde la reforma del 10 de junio de 2011, que ordena interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con el bloque de constitucionalidad conformado por la propia Constitución y los tratados internacionales suscritos por México. También hay que destacar las obligaciones que el propio artículo 1.º constitucional impone a todas las autoridades del país de «promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos», así como las obligaciones a cargo del Estado de «prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones» a tales derechos; con ello está claro que las normas constitucionales sobre la materia no son simples reglas técnicas ni enunciados que expresan juicios de valor; son auténticas normas de mandato.

Del mismo modo hay que considerar que la Constitución mexicana, a partir de la reforma de diciembre de 1994, está más garantizada que antes. Porque entonces, finalmente, se ampliaron los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales y se incorporaron las acciones abstractas de inconstitucionalidad, quedando ambos controles reglamentados expresamente en la ley de 11 de mayo de 1995. Y a favor de la garantía de la Constitución no hay que olvidar el reforzamiento del amparo que produjo la reforma del 6 de junio de 2011, del que luego diré algunas cosas.

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

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

¡Cuánta distancia hay entre esta declaración de 2010 que concibe a la Constitución como norma obligatoria propia de un Estado constitucional y la afirmación que Jorge Carpizo hacía en 1969, equiparando a la Constitución de 1917 a un programa político en vías de realización!

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

Cito un célebre caso resuelto en 2010 por la Segunda Sala de la Corte sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Fue la acción de inconstitucionalidad 2/2010 promovida por el Procurador General de la República impugnando, entre otros, el artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal reformado el 29 de diciembre de 2009, que modificó el concepto legal de matrimonio civil para quedar en sus términos actuales, entendido como «la unión libre de dos personas para realizar la comunidad

de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua», pero sin especificar que debían ser un hombre y una mujer los contrayentes, permitiendo en consecuencia que dos personas del mismo sexo contrajeran nupcias.

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

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

La interpretación que de ella se haga, por ende, «debe tender a tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y en la heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias», sobre todo si se trata de preservar la dignidad humana, ya que de esta, «como derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano, deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos; la de escoger su apariencia personal, así como su libre opción sexual [. . . de lo cual se sigue] que, en pleno respeto a la dignidad humana, es exigible el reconocimiento por parte del Estado no solo de la orientación sexual de un individuo hacia personas de su mismo sexo, sino también de sus uniones, bajo las modalidades que [. . .] se decida adoptar . . .».

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

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

Y si bien el control difuso a cargo de los jueces se toma como algo dado, no está exento de discusión; las dudas surgen al momento de determinar sus alcances precisos. Prueba de ello es el debate suscitado al interior del Pleno de la Corte con motivo del amparo directo en revisión 1046/2012, donde se abordó el tema de si los jueces federales, en el marco de los procedimientos de control concentrado, pueden aplicar el control difuso. La respuesta fue afirmativa. Sin embargo, la discusión tomó otro giro: el control difuso a cargo de los jueces federales que conocen de los procedimientos de control concentrado ¿procede solo respecto de las disposiciones del derecho adjetivo aplicables al caso o también sobre normas sustantivas aunque no hubiesen sido materia de la impugnación? Dicha cuestión suscitó amplio debate al interior del Pleno, dejando de manifiesto los desacuerdos existentes sobre el tema. Y hubo otras pendientes por dilucidar de las que no me ocuparé aquí.

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

La Constitución está garantizada mediante diversos controles judiciales

A la constitucionalización abona también el hecho de que la Constitución mexicana esté más garantizada que en el modelo legalista donde su garantía era más una idea que un hecho. Me refiero no solamente a los mecanismos de control concentrado de la Constitución que vinieron a sumarse al amparo con la reforma del 31 de diciembre de 1994 y que están reglamentados en la ley de la materia.

Destacan por igual otras formas de control: por ejemplo, desde el expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011 se autoriza en el país el control difuso que puede ser tanto de constitucionalidad como de convencionalidad *ex officio* a cargo de todos los jueces, tanto federales como locales. Ello significa que en la actualidad encontramos en México un control de regularidad completo y complejo²⁸, pues en él conviven dos tipos de control: por un lado, el control concentrado que es competencia exclusiva de los tribunales del Poder Judicial de la Federación, ejercido a través de los procedimientos de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y cuyo parámetro de control no solo es la Constitución sino, además, el conjunto de derechos humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales de los que México es parte; un tipo de control que tiene como posibilidad la declaración de invalidez de la norma general que se impugna con efectos generales. Pero también está el control difuso a cargo de todos los jueces ordinarios del país, federales y locales, que ejercen en el marco de los procedimientos ordinarios de los que conocen. Este control difuso se practica respecto de un parámetro más reducido, pues comprende exclusivamente el bloque de derechos humanos de fuente constitucional e internacional, y a diferencia del concentrado, en él se produce la inaplicación *in concreto* de la norma general que se estima contraria al bloque de derechos.

Y aún hay más: al lado del control de constitucionalidad concentrado y difuso, existe el control de convencionalidad *ex officio*, incorporado al ordenamiento jurídico mexicano a partir del expediente varios 912/2010 del 14 de julio de 2011. Este es un control difuso que también compete a todos los jueces del país, federales y locales, y consiste, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en contrastar la norma del derecho interno del Estado con la Convención Americana de 1969. Sin embargo, en el caso de México, al haberse asimilado por la Constitución los derechos humanos de fuente internacional según lo expuesto en la sentencia 293/2011 del 3 de septiembre de 2013, el control de convencionalidad *ex officio* se convierte, *ipso facto*, en un control de constitucionalidad.

¿Y qué decir de la declaratoria general de inconstitucionalidad que se incorporó con la reforma constitucional del 6 de junio de 2011? En términos del decreto de esa fecha, y de aquel por el que se expidió la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial el 2 de abril de 2013, la declaratoria general procede cuando los tribunales colegiados de circuito, las Salas o el Pleno de la Suprema Corte establezcan la inconstitucionalidad de una norma general mediante jurisprudencia por reiteración, es decir, cuando ese criterio se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, con mayoría de ocho votos si emana del Pleno, de cuatro si emana de las Salas y por unanimidad si proviene de los colegiados.

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

Esto último es importante resaltarlo porque antes, en este mismo trabajo, he citado al ilustre miembro de El Colegio Nacional, don Antonio Carrillo Flores, que desde 1975, en un documento que redactó con motivo del Seminario de Derecho Constitucional y Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, proponía, en sustitución de la de Otero, una «fórmula intermedia y realista» para el caso de las sentencias de amparo que declararan la inconstitucionalidad de una ley, comunicándolas al Congreso respectivo, federal o local, a fin de que procedieran a su modificación o derogación, según el caso. Recojo nuevamente sus palabras:

²⁸ Véase Cossío Díaz (2013, pp. 201-215).

Estoy convencido —decía— de que el amparo cuya revisión a fondo empezó en 1950, todavía será objeto de modificaciones esenciales. Así, en un reciente congreso iberoamericano de derecho constitucional, se expuso la idea, que cuenta cada vez con un número creciente de pareceres entre los estudiosos mexicanos, de que, modificándose la fórmula que Otero acogió en el Acta de Reformas y que conservaron los Constituyentes de 1857 y después los de 1917, las sentencias de amparo que condenen una ley como inconstitucional valgan no solo para el caso concreto sino para cualquier otro. Acaso, como yo me he atrevido a proponerlo, una fórmula intermedia y realista fuese que las sentencias de que vengo hablando se comunicasen al Congreso respectivo, ya fuese federal o local, para que éste derogase la ley o la modificara para ajustarla a los términos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia²⁹.

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

El sistema de fuentes del derecho comprende otras expresiones de juridicidad

En el constitucionalismo se encuentran los primeros pasos para una posible ampliación del listado de fuentes del derecho mexicano. Destacan sobre todo el derecho internacional y el derecho internacional sobre derechos humanos. Es posible citar varios precedentes judiciales en los que han sido utilizados criterios internacionales como herramienta de interpretación, pero la tendencia a reconocer y aplicar nuevas fuentes del derecho internacional se aprecia con mayor contundencia en el expediente varios 912/2010. En él se propuso que las sentencias de la Corte Interamericana y los criterios interpretativos contenidos en ellas fueran vinculantes para los jueces del país cuando México hubiere sido parte en el conflicto; «... el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte —se dijo— tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos»³⁰.

Esta determinación fue discutida y votada por el Pleno el 14 de julio de 2011, pero al final no alcanzó la mayoría necesaria para integrar jurisprudencia. El fallo derivó en un criterio aislado que en el derecho mexicano carece de obligatoriedad para los tribunales del país³¹. Sin embargo, la sentencia como tal pone de relieve una de las principales señas de los tiempos que corren. ¿A qué me refiero? A que en la era en que vivimos, marcada por la globalización, el concepto clásico de soberanía estatal se diluye por la multiplicación de instancias de producción jurídica de las que emana derecho internacional *sui generis*, obligatorio para las autoridades de los Estados. Me parece que esta es la idea implícita en la afirmación de la Suprema Corte cuando admite que:

... [ella] no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos³².

Poco después fue retomado el tema de la fuerza vinculante de los criterios interpretativos de las sentencias de la Corte Interamericana: «... como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno —se dijo en la Contradicción de Tesis 293/2011—, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido

²⁹ Carrillo Flores (1981, pp. 32-33).

³⁰ Exp. Varios 912/2010, párr. 20.

³¹ Tesis «Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio», p. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10.^a época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 556.

³² Exp. Varios 912/2010, párr. 17.

parte. . .»³³. En los considerandos se expuso que el efecto vinculante de los criterios interamericanos no debía entenderse en sentido fuerte, como si los jueces estuvieran obligados a preferir invariablemente la jurisprudencia interamericana sobre los criterios nacionales, sino que debían observar un estándar mínimo, el nacional o el internacional, dependiendo de cuál fuera el más garantista. Esta determinación del Pleno constituye jurisprudencia obligatoria³⁴. Lo más importante, sin embargo, es que el debate que la precedió dejó patente la necesidad de incorporar nuevas formas de juridicidad al catálogo de fuentes: algo que en el modelo legalista estaba vedado.

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

Ese *ius commune* supone la creación de un cuerpo normativo que fija un estándar mínimo de protección de derechos humanos que la Constitución de cada país puede ampliar, pero nunca restringir, dadas las obligaciones de los Estados que ratificaron la Convención Americana y aceptaron la competencia contenciosa de la Corte. De lograrse ese derecho común, estaríamos entrando de lleno en la era del derecho global (*global law*) donde el protagonista ya no es el Estado-nación, sino el ser humano.

Surgen nuevas formas de aplicación del derecho

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

Pero el principio sufrió una seria limitante cuando en la contradicción de tesis 293/201 se acordó que frente a una restricción constitucional expresa a los derechos humanos debía prevalecer forzosamente la norma constitucional restrictiva sobre cualquiera otra norma de fuente internacional más favorable. El principio quedó entonces desplazado en su dimensión aplicativa. Quizá podría ser usado únicamente en su vertiente interpretativa: digamos, para interpretar *literalmente* la disposición constitucional que establece la restricción y evitar su aplicación a casos no previstos expresamente. Esa doble vertiente del principio pro persona muestra cuán amplios pueden ser sus alcances, por lo que haría falta precisarlos aún más. Por ejemplo, sería necesario determinar, antes que nada, qué tipo de norma es la que ordena interpretar las normas relativas a los derechos humanos favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Si se trata de aquello que la teoría del derecho identifica como principio en sentido estricto, esto es, aquel que establece una cierta acción como obligatoria, ¿cuál sería la acción prescrita?

Según señalan ciertos criterios emitidos por los tribunales del Poder Judicial federal³⁵, la dimensión interpretativa del principio supondría la obligación de interpretar la disposición constitucional sobre derechos humanos en forma extensiva, de modo que la norma se extienda hasta cubrir casos no previstos expresamente pero que, sin lugar a dudas, deberían ser incluidos conforme a la razón justificativa subyacente. Y supondría también la obligación de interpretar la disposición constitucional

³³ C.T. 293/2011, p. 52.

³⁴ Tesis «Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional», P./J. 20/2014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10.ª época, Pleno, Libro 5, abril de 2014, t. 1, p. 202.

³⁵ Véanse tesis «Principio *pro homine*. Su conceptualización y fundamentos», XVIII.3o.1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10.ª época, TCC, Libro VII, abril de 2012, t. 2, p. 1838, y tesis «Principio *pro homine*. Variantes que lo componen», 14o.A.20 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10.ª época, TCC, Libro 1, diciembre de 2013, t. II, p. 1211.

que establece alguna restricción al ejercicio de los derechos humanos de manera literal (o, incluso, restrictiva), para descartar la aplicación de la norma a cualquier caso que el legislador no haya previsto expresamente.

Pero si hablamos de la dimensión aplicativa del principio pro persona tendríamos que distinguir al menos dos supuestos: el relativo a la colisión de normas sobre derechos humanos que supone acudir a la ponderación para determinar el principio que debe prevalecer, y el que regía antes de la contradicción de tesis 293/2011, cuando, frente a una restricción constitucional expresa, el juez podía preferir la norma internacional si esta era más favorable. Desde aquella resolución del 3 de septiembre de 2013, en cambio, las restricciones constitucionales expresas son aplicables categóricamente.

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

Hay un último punto que no quiero dejar de señalar: la obligación a cargo del juez de interpretar la ley *favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia*, contenida en el artículo 1.º de la Constitución, ¿sería congruente con lo dispuesto en el artículo 14 constitucional que ordena que en materia civil la sentencia sea conforme a la letra de la ley? ¿O habría una contradicción en este punto? Si, en efecto, el principio pro persona exige ir en busca de la interpretación más garantista, entonces existe la posibilidad de que ese resultado no derive de una interpretación literal de la ley. ¿Qué debería prevalecer? ¿Interpretación pro persona o interpretación estricta? Me parece que esta es una cuestión que está pendiente en la agenda del constitucionalismo: construir una teoría general de la interpretación jurídica a la luz del principio pro persona que determine sus verdaderos alcances³⁶.

Balance conclusivo

Como corolario de lo expuesto, no está de más insistir en que el modelo legalista se conserva hasta nuestros días por lo menos en parte. Doscientos años de legalismo pesan mucho. De ahí que no pueda decirse ni remotamente que este haya sido superado. Curiosamente tampoco puede decirse que el constitucionalismo haya logrado consolidarse en el último lustro; de hecho, su avance se ha visto frenado por decisiones que algunos no dudan en calificar de regresivas, como la contradicción de tesis 293/2011 y el amparo directo en revisión 1250/2012. En tal sentido no es exagerado decir que el futuro del constitucionalismo es incierto; su suerte dependerá, en buena medida, de lo que se legisle y de lo que la Suprema Corte determine en los próximos años.

Quizá haya tres posibilidades o tres posibles escenarios. El primero sería dar marcha atrás a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y volver al legalismo tradicional.

El segundo sería avanzar hacia el fortalecimiento del constitucionalismo buscando abandonar por completo el modelo legalista, que es algo que no parece probable que suceda simplemente con sentencias que tienden a ampliar la base de libertades individuales como la dictada recientemente por la

³⁶ Creo que esa es la inquietud que late detrás de la tesis «Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental», 2a./J. 56/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10.ª época, Segunda Sala, Libro 6, mayo de 2014, t. II, p. 772. «Si bien la reforma al artículo 1.º de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional —principio pro persona o pro homine—, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales —legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada— o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.»

Corte en la que se autorizó a los quejosos el consumo de la marihuana para fines lúdicos; es necesario que a la par de los cambios constitucionales y legales se dé una transformación de fondo en la manera de pensar y de actuar de los jueces y demás operadores del sistema de justicia, así como de los ciudadanos en general; es decir, se requiere de una nueva cultura jurídica en el país, lo que tampoco parece sencillo que ocurra en unos cuantos años.

Y el tercer y último escenario posible sería aceptar que los dos modelos coexistirán en el derecho mexicano por un tiempo que se prolongará indefinidamente, y en el que las tensiones que surjan entre ellos deberán resolverse mediante la interpretación jurisprudencial. Yo apostaría por esto último. ¿Por qué?

Ya antes mencioné que para determinar los alcances del principio pro persona frente a lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución en la parte que señala que la sentencia civil deberá fundarse en la letra de la ley, es menester construir una nueva teoría general de la interpretación jurídica. Pienso que esa doctrina podría comenzar a desarrollarse desde la Judicatura con criterios emanados de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. La tesis sobre el principio pro persona que cité en el apartado anterior es un primer paso que apunta hacia ese fin. Lo mismo podría decirse sobre los alcances y límites del control de convencionalidad *ex officio* a cargo de los órganos de control concentrado: cada vez se vuelven más claros esos contornos a través de varios criterios de los tribunales federales³⁷.

Si todo lo que antecede es correcto, el derecho mexicano actual, marcado por la confluencia de elementos de los dos modelos, demandaría poner mayor atención en el papel que desarrollan los jueces cuando llevan a cabo su actividad interpretativa, así como en el valor de la jurisprudencia como resultado de esa actividad. Jueces y jurisprudencia vendrían a ser la fórmula indicada para resolver las contradicciones internas del derecho y llevarlo hacia un mayor nivel de perfeccionamiento. Aquí habría que recordar la tesis de Dworkin de que el derecho se asemeja a una novela que van escribiendo los jueces de manera sucesiva, pero en la que cada uno tiene la encomienda de escribir una parte que haga del conjunto la mejor obra posible de su género, de acuerdo a los principios y valores que están detrás de ella. En tal sentido diría que los jueces mexicanos tienen en sus manos la extraordinaria misión de escribir la gran novela del derecho en la encrucijada en la que nos encontramos.

Referencias

- Carpizo, J. (1969). *La Constitución mexicana de 1917*. México: UNAM.
- Carpizo, J. (1978). *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo Veintiuno.
- Carrillo Flores, A. (1981). *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Cosío Villegas, D. (1972). *El sistema político mexicano. Las posibilidades del cambio*. México: Joaquín Mortiz.
- Cosío Villegas, D. (1976). *Memorias*. México: Joaquín Mortiz.
- Cossío Díaz, J. R. (2013). *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. México: UNAM.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* [trad. de Perfecto Andrés Ibáñez]. Madrid: Trotta.
- Krauze, E. (1976). *Caudillos culturales en la Revolución mexicana*. México: Siglo Veintiuno.
- Krauze, E. (1998). «Cuatro estaciones de la cultura mexicana». In *La historia cuenta. Antología*. pp. 139–186. México: Tusquets.
- Lozano, J. M. (1876). *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*. México: Imprenta del Comercio, de Dublán y Compañía.
- Mendieta y Núñez, L. (1975). *Historia de la Facultad de Derecho* (2.ª ed). México: UNAM.
- Mejía, M. (1886). *Errores constitucionales. Las arbitrariedades judiciales y los juicios de amparo. Refutación de los muchos errores que han invadido la jurisprudencia constitucional, y exposición de los buenos principios. Examínanse en primer lugar las cuestiones constitucionales que surgen de la aplicación de las leyes en la administración de justicia*. México: Tipografía «La Época» de Juan B. Acosta.
- Moreno, S. (1902). *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*. México: Tipografía y Litografía «La Europea» de J. Aguilar Vera y Compañía.
- Noriega Cantú, A. (1984). *Las ideas políticas en las declaraciones de derechos de las constituciones Políticas de México (1814-1917)*. México: UNAM.
- Paz, O. (1970). *Posdata*. México: Siglo Veintiuno.

³⁷ A manera de ejemplo, la tesis «Control de convencionalidad. El tribunal colegiado en suplencia de la queja, puede ordenar al órgano interior la desaplicación de la norma que estime inconveniente» (Tesis IV.1.º A.53 A (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, donde se perfilan cada vez más los alcances de dicho control a través de figuras jurídicas como la suplencia en deficiencia de la queja del agraviado en el juicio de amparo.

- Rabasa, E. (1906). *El artículo 14. Estudio constitucional*. México: Tipografía «El Progreso Latino».
- Rabasa, E. (1912). *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*. México: Tipografía de «Revista de Revistas».
- Ramírez, I. (1869). La Suprema Corte. *El Elector*, 1–2.
- Vallarta, I. L. (1894). *Cuestiones constitucionales. Votos del Sr. Lic. D. Ignacio Vallarta, Presidente que fue de la Suprema Corte de Justicia Nacional en los negocios más notables resueltos por este tribunal desde mayo de 1878 hasta noviembre de 1882*. México: «Imprenta Particular».
- Zagrebel'sky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia [trad. de Marina Gascón]*. Madrid: Trotta.
- Zea, L. (1943). *El positivismo en México*. México: El Colegio de México.
- Zea, L. (1944). *Apogeo y decadencia del positivismo en México*. México: El Colegio de México.

Ramón Ortega García. Investigador adscrito al Instituto de la Judicatura Federal (IJF-CJF). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores desde 2013. Autor del libro *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho* (Tirant lo Blanch, México, 2015) y de varios artículos publicados en diversas revistas especializadas en derecho, entre ellas: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; *Cuestiones Constitucionales*; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, e *Isonomía*.