

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO



FACULTAD DE DERECHO



DIVISION DE INVESTIGACION Y ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS

“LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. LA MUTACIÓN DE REGLAS A PRINCIPIOS”

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL Y MUNICIPAL

PRESENTA

ENRIQUE ALFONSO CRÔTTE CASTRO

DIRIGIDA POR

MTRO. ÓSCAR RANGEL GONZÁLEZ



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE
LA NACIÓN DE MÉXICO. LA MUTACIÓN DE REGLAS A PRINCIPIOS.

Opción de titulación
Tesis.

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

Presenta:
Enrique Alfonso Crotte Castro

Dirigido por:
Mtro. Óscar Rangel González

Mtro. Óscar Rangel González
Presidente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Secretario

Dr. Gerardo Servín Aguillón
Vocal

Dr. José Carlos Rojano Esquivel
Suplente

Mtra. Gabriela Mancilla Morales
Suplente

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad

Firma
Firma
Firma
Firma
Firma

Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca Piña
Director de Investigación y Posgrado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO

ENRIQUE ALFONSO CRÔTTE CASTRO

CENTRO UNIVERSITARIO
QUERÉTARO, QRO

**LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZA LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. LA
MUTACIÓN DE REGLAS A PRINCIPIOS.**

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad demostrar que la interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, relativa a la Contradicción de Tesis 293/2011, en la que se definió la jerarquía normativa existente entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales sobre derechos humanos y la utilizada en la ejecutoria de la tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.) genera incoherencias con el sistema constitucional, dando por resultado sólo un catálogo de justificaciones, pero no un análisis real, con lo cual sólo se ratificó que cuando existen restricciones en la constitución al ejercicio de derechos humanos, deben prevalecer éstas sobre todo tratado sobre derechos humanos de los que el Estado mexicano sea parte. Demostraré que la regla que establece la Suprema Corte tiene una mejor funcionalidad si se interpreta como un principio y se resuelve caso por caso, generando una coherencia total con el orden constitucional.

Palabras Clave:

Jerarquía normativa, restricciones constitucionales, derechos humanos, neo-cognitvismo contemporáneo, escepticismo realista, reglas, principios, coherencia constitucional.

**THE INTERPRETATION THAT THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION AND THE
INCONSISTENCIES IN THE MEXICAN CONSTITUTIONAL LAW.**

ABSTRACT

This work aims to demonstrate that the interpretation that the Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico, relative to the 293/2011 thesis contradiction, which defined the existing normative hierarchy between the political Constitution of the Mexican United States and international treaties on human rights, and the utilized in the sentence 1a. / J. 47/2015 creates inconsistencies with the constitutional system resulting in only a catalogue of justifications, but not a real analysis, which only ratified when there are restrictions in the Constitution on the exercise of human rights, they should prevail above all treaty human rights on which the Mexican State is a party. I will show that the rule which establishes the Supreme Court has better functionality if it is interpreted as a principle and resolved case-by-case basis, generating a total consistency with the constitutional order.

Key Words.

Normative hierarchy, constitutional restrictions, human rights, neo-cognitivism contemporary, realistic scepticism, rules, principles, constitutional consistency.

A Felipe, mi padre, ejemplo de amor, bondad, generosidad, esfuerzo y lucha, hasta allá con toda mi admiración y respeto... lo logramos.

A las mujeres de mi vida, sin ellas nada...

A Irene, mi madre, la razón de ser de todo aquello que existe para mí...

A Laura, mi motor, mi fuerza, mi conciencia...

Estefanía, por su carácter inquebrantable...

Karla, por su fuerza y delicadeza...

Sofía, por ser la alegría y equilibrio que da sentido a todo y a todos...

ÍNDICE

RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
DEDICATORIA.....	v
Introducción	vii

CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA ¿UN NUEVO PARADIGMA?

1. Cambios de Paradigma.....	1
1.1 La naturaleza argumentativa del derecho	4

CAPÍTULO II UNA METODOLOGÍA AD HOC EL SILOGISMO COMO OBSTÁCULO

2. Adiós al silogismo aristotélico	13
--	----

CAPÍTULO III LOS LÍMITES HERMENÉUTICOS

3. Límites a la interpretación de la constitución	23
---	----

CAPÍTULO IV TAUTOLOGÍA PURA EPISTEMOLOGÍA DE RUPTURA COMO ALTERNATIVA

4. Fundar y motivar, dos visiones, un qué hacer o una tautología y un pretexto	34
4.1. Interpretación normativa	42
4.2. Interpretación política concreta, propuesta y tensión	77
4.3. Escepticismo realista	85
Conclusiones	98
Referencias bibliográficas	100

Introducción

El objetivo principal de esta tesis será demostrar que la interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido la pretensión de mutar de un sistema de reglas, propio del paleo positivismo, a uno de principios derivado de un iusnaturalismo hermenéutico, lo que ha derivado en un activismo judicial y en una constante de vicio de aplicación.

A efecto de lograr este objetivo principal se demostrará que la interpretación constitucional que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación y específicamente la que utilizó al dictar la ejecutoria que resuelve la contradicción de tesis 293/2011 genera incoherencias sobre el orden constitucional, situación que quedará resaltada al contrastar con la argumentación utilizada en la ejecutoria correspondiente a la tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.), resultando claramente contrastantes como concepto y aplicación.

Siendo que la materia de la contradicción es relativa a los derechos humanos y su ejercicio, ésta resolución determinaría si el sistema de justicia constitucional se apega a fortalecer la dogmática constitucional o bien, por el contrario, fortalecer la parte orgánica constitucional, como define Ronald Dworkin, si la resolución es coherente con la democracia estadística de mayorías o bien con la democracia comunitaria.¹

El análisis de la segunda postura, la tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.) y su ejecutoria permitirán percibir el contraste del argumento, donde denota claramente un sentido emotivista, contrario al normativo tajante que utiliza en la contradicción de tesis 293/2011.

¹ DWORKIN, Ronald, *Derechos, libertades y jueces*, México, D.F., Ed. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 2014, pp. 16-17.

Al final haré una propuesta en cuanto a la metodología interpretativa que considero se podría utilizar para efecto de resolución de conflictos, pasando de una ruptura epistemológica a un desplazamiento epistemológico con el fin de conocer los sentimientos y las conductas de las personas, dado que al final no podemos obviar que el derecho se aplica a personas y en consecuencia debieran ser éstos parámetros unos de los más importantes, por lo que sugiero apegarnos a una metodología derivada del escepticismo realista, para generar soluciones temporales y contextuales sin la presunción de que estas servirán para todo caso futuro que sólo vuelve al sistema autorreferencial y autocomplaciente, es el equivalente a reconocer que el derecho en su materialidad no cambia, cuando es evidente que la sociedad cambia y generalmente va por delante del derecho, baste analizar el concepto de la dignidad humana y su entorno contemporáneo, que es el factor de protección principal en todo sistema jurídico.

En abstracto podríamos partir de problematizar si la dignidad humana bajo la concepción de Paolo Becchi² como núcleo de los derechos humanos es la prioridad del sistema constitucional o bien si éstos, y la dignidad humana, están por debajo de los órganos del Estado, situación que conlleva a pensar en la plausibilidad de decisiones políticas y no necesariamente normativas.

² BECCHI, Paolo. *El principio de la dignidad humana*. México, D.F., Fontamara, 2012, p. 66.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
¿UN NUEVO PARADIGMA?

1. Cambios de Paradigma

A partir de la reforma constitucional conocida como de Derechos Humanos en México³ se llevó un cambio paradigmático substituyendo el concepto de Garantías Individuales por el de Derechos Humanos.

El cambio tiene grandes e innegables avances, pero no se trata de cosas realmente novedosas en sus inicios, dado que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 1945, establece la obligatoriedad en la aplicación de los principios generales de derecho en la resolución de controversias. La trascendencia es que los principios por sí mismos resultan indeterminados en clara diferencia y oposición a las reglas, situación en la que se encuentran también inmersos los Derechos Humanos, por tanto el punto será establecer si los Derechos Humanos pueden ser tratados como principios.

En virtud de que los Derechos Humanos carecen de una definición específica,⁴ han sido determinados en mérito de su finalidad y funcionalidad, como disposiciones ético filosóficas que tienden a reconocer y proteger la dignidad humana y la igualdad, como en origen fueron diseñados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³ Diario Oficial de la Federación (DOF), 10 de junio de 2010.

⁴ TEALDO, Juan Carlos, *Bioética de los derechos humanos, investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, pp. 59-62.

A partir de ésta conceptualización básica se arriba a una reducción simple, apegado a la teoría del minimalismo, que establece la existencia sólo de dos derechos humanos o fundamentales, con lo cual se evitan antinomias entre éstos, y considerar como tales a la libertad y la vida. De ellos se derivan los más variados, como el derecho a la salud, el derecho a la libre expresión de las ideas, derecho a la igualdad, derecho a la libertad de asociación, derecho de libre tránsito, etcétera. Lo característico de éstos es que se trata de términos indefinidos.

En mérito de ésta primera consideración, pareciera que el cambio de paradigma quedara trunco al incorporar cuestiones indefinidas e indeterminadas como parte de la materia constitucional, sin que resulte factible exigir que dentro de la Norma Constitucional se establezca el sentido y contenido de cada derecho humano, dado que entonces estaríamos construyendo más un código sobre una materia específica de orden secundario y no un pacto político supremo.

Ante ésta disyuntiva sobre la aplicación de cuestiones indeterminadas, cobra vigencia la distribución de competencias que señala la misma Constitución, para entonces provocar el actuar de un órgano interpretativo, que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien debe interpretar el material constitucional y dotarlo de un contenido y un sentido, por tanto para complementar este cambio es necesario llegar a la interpretación, dado que no basta incorporar un derecho humano al orden constitucional si no se conceptualiza y se le dota de un contenido material y un sentido. Entonces el argumento interpretativo cobra valor sobre otro argumento, que es la norma y más específicamente la ley. Este razonamiento simple adquiere una dimensión estructural importante al considerar al argumento interpretativo como acontextual y obligatorio.

Entonces se parte de una cuestión primaria, ¿tendría algún caso incorporar el derecho humano a la salud si no es factible conceptualizar qué es la *salud*?, ¿un derecho humano a la libertad si no se conceptualiza adecuadamente la *libertad*?, es decir, la interpretación dotará de un contenido material y un sentido a los derechos humanos lo que incide en la funcionalidad de su aplicación.

Vale la pena retomar el hecho de que mediante la reforma constitucional de 1994,⁵ se reconstruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se determinó en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que ésta tendría como competencia la interpretación constitucional, dejando a los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Unitarios de Circuito y Jueces de Distrito, la interpretación de cuestiones de legalidad, en consecuencia la autoridad facultada para llevar a cabo la interpretación de derechos humanos resulta ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es obstáculo para lo anterior la reciente tesis de jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual amplía la aplicación de Derechos Humanos a toda autoridad,⁶ reiterando que en el caso de los jueces (desafortunado término que limita el actuar del resto de autoridades jurisdiccionales), se traduce en un ejercicio interpretativo, siendo la razón evidente, es necesario dotar de contenido y sentido a los derechos humanos.

Bajo ésta tesitura resulta ilustrativa la tesis aislada de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que establece que el derecho humano, cualquiera que sea, no se comprende sólo en el texto en que se reconoce, sino que se conforma además por el contenido y sentido que determina su interpretación,⁷ situación que confirma

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 1994.

⁶ Tesis 1a./J. 38/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, 22 de mayo de 2015, ubicada en publicación semanal.

⁷ Tesis 1a. CDV/2014(10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, t. I, libro XII, Septiembre de 2014, p. 714.

plenamente la afirmación planteada, los derechos humanos, al ser indeterminados requieren de interpretación para dotarlos de contenido material y de un sentido. Tal vez el punto ahora será determinar si al realizar este ejercicio interpretativo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está realizando una función meramente interpretativa o bien está incurriendo en una invasión de esferas competenciales al legislar adicionando sentidos o contenidos que no son resultado de una decisión democrática. Para abordar ésta discusión es indispensable establecer los límites que puede encontrar el trabajo interpretativo de la Corte, a partir de la naturaleza argumentativa del derecho, y como consecuencia la delimitación metodológica que se utilizará, dado que a partir del principio de legalidad, pareciera que el actuar de la autoridad queda sujeto a un silogismo aristotélico, pero que en realidad se trata de una lógica que sólo permite un razonamiento con una estructura correcta, pero jamás garantizará el resultado en el campo del derecho, luego entonces será indispensable dejar claro el método que se aplica a lo largo de este trabajo y que se corresponde con el *Histórico-Analítico*, abandonando la lógica aristotélica propia de un positivismo formalista que considero no resulta aplicable en la materia de estudio.

1.1 La naturaleza argumentativa del derecho

Es necesario analizar la naturaleza del derecho como forma de ser y de presentarse, lo que le otorgaría una condición de constancia a lo largo de la historia que permite identificar a éste en todo tiempo y lugar.

Este objetivo implica que es necesario considerar algunos problemas propios del lenguaje, como la polisemia del vocablo *derecho*, su vaguedad y su construcción relativista, lo que permitirá delimitar el objeto de análisis para establecer ésta condición constante.

En caso de existir ésta condición constante será tarea diferenciar el instrumental de que se vale el Derecho para la modificación y en su caso la evolución de las materias que reglamenta, como aspecto funcional. Por tanto se presentará con claridad la diferencia entre el derecho, como constante y su materialidad como condición de mutabilidad instrumental.

El Derecho, como creación humana, tiene características que le son inherentes, en tanto que la forma de exteriorizarse resulta en condiciones de constancia y condiciones de mutabilidad instrumental, que permitirán su identificación en la más alta abstracción, independientemente de su trato convencional.

¿Qué conocemos cuando conocemos el Derecho?, con ésta frase el maestro italiano Luigi Ferrajoli, inicia una disertación sobre la epistemología del Derecho⁸. Si bien es cierto la condición epistemológica del Derecho tiene como primer problema la indefinición de la materia, referida al concepto de derecho, es importante iniciar con una advertencia respecto de la condición polisémica del vocablo.

¿Qué conocemos?, a partir de este planteamiento será necesario realizar un breve recorrido por la historia para determinar qué es lo que abarca el concepto de Derecho. Así encontraremos en la antigua Grecia la conformación de sus ciudades, donde su derecho era diferente entre éstas, situación que encuentra una explicación a partir de entender que el derecho, en este lugar y tiempo, era determinado por las costumbres y tradiciones que tenía cada ciudad.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2013.

Con el advenimiento del Imperio Romano, y más acentuado con Justiniano, éste lega el Derecho Romano⁹, como una codificación, formada por los *Codex theodosianus*, *gregorianus* y *hermegenianus*, del que destaca necesariamente el *Códex Iustinianus*, es decir, ahora lo que conocemos como Derecho se contiene en las normas derivadas de éstas codificaciones, a la que se sumarían las *Institutas o Instituciones* y el *Digesto*, las primeras utilizadas para dar clases de Derecho y las segundas como opiniones de los jurisconsultos, porque en este lugar y espacio se conoce también la opinión de los jurisconsultos como *jurisprudencia*, que nos lleva a concluir que por el Derecho conocemos también la opinión de los jurisconsultos e incluso la decisión de los jueces al resolver las controversias¹⁰.

Dando un salto fenomenal se arriba a la Revolución Francesa, como producto de la Ilustración y de una corriente liberal, donde se determina que si una Constitución no contiene los derechos contemplados en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, como limitaciones al ejercicio del poder, no se puede llamar Constitución. Entonces se incorporan los principios al Derecho. Los principios también son Derecho.

En síntesis, hablar de Derecho implica tanto a costumbres, tradiciones, leyes, opiniones, sentencias, doctrinas, etcétera. El vocablo no es unívoco y menos aún inequívoco.

Es necesario entonces retomar el punto de que la materia de este análisis es la determinación de una condición constante de naturaleza del derecho como modo de ser, por tanto delimitaremos el objeto a partir de eliminar las condiciones dinámicas del mismo, es decir, aquello que se materializa de forma diferenciada en cada tiempo y lugar.

⁹ TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, México, 2013, pp. 93–112.

¹⁰ *Ídem*.

De este modo cada uno de los elementos que han sido mencionado al establecer la condición polisémica del derecho, son formas de presentarse externamente, en consecuencia es su materialización, su exteriorización la que resulta en condiciones de mutabilidad, por tanto no es en su materialización donde se encontrará la condición de constancia.

Esta primera aseveración implica que el derecho contiene dos tipos de condiciones, *externas* que corresponden a su materialización e *internas*, que es donde se encuentra la forma de identificación como condición constante.

Entonces, adicionando al concepto de polisemia del Derecho, debemos abonar que las condiciones externas de las acepciones que hemos mencionado en el apartado previo, son derecho, en tanto que las condiciones internas, también son Derecho.

Luego entonces es conveniente advertir la abstracción de que este estudio no se basa en las condiciones externas del derecho, sino en sus condiciones internas.

Es evidente que el planteamiento realizado parecería una contradicción, al señalar que este estudio se ocupará del análisis de condiciones internas, para establecer la constancia en la presentación del derecho, es decir, contextualmente parece que la presentación del derecho atiende a factores externos.

Al referirme a presentación del derecho, entiendo cómo es que puedo determinar que en un lugar y tiempo determinado existe un derecho, independientemente de su materialidad.

Si el mundo es lenguaje, el derecho también es lenguaje, de donde deviene que existe al momento en que es argumentado, es decir, no basta que en alguno de los conceptos vertidos al señalar lo polisémico del término, se contemple un derecho como facultad o bien como *obligatio*,¹¹ lo que atiende a su materialidad. La importancia evidente de la naturaleza del derecho, que corresponde a la argumentación y a la retórica como estrategia discursiva, corre a partir de que el derecho, como tal, debe ser interpretado para que tenga una existencia discursiva efectiva, que, dentro de su inconmensurabilidad, otorgue soluciones.

La pregunta es ¿en qué momento se materializa el derecho?

Siendo un producto convencional, como resultado de una convención social, el derecho tiende a establecer un vínculo entre una conducta y una consecuencia jurídica, por medio de la existencia de lo que los romanos llamaron *OBLIGATIO*, es decir, aquello que alguien debía cumplir o, en su defecto, enfrentar una sanción por medio de la *POTESTAS GLADI*, el uso de la fuerza.

Esta es la condición constante que asigna una naturaleza, como forma de ser, del derecho. Atendiendo a la Doctrina Analítica del profesor Hart, el derecho atiende a la adscripción de facultades y de obligaciones, es decir, determina una relación compleja entre

¹¹ Terminología utilizada en el derecho romano para establecer una condicionante de existencia del derecho, si se fijan obligaciones existe el Derecho.

quien dice el derecho, quien tiene que obedecer y quien tiene facultad de recibir, incluyendo conceptos como *imperium* y *coercitividad*.

En consecuencia existe una condición constante en el derecho, como su naturaleza en su forma de ser, y corresponde a la existencia de obligaciones y facultades. En todo momento, sea el lugar y tiempo que sea, si existen obligaciones estaremos en presencia del derecho.

En estas condiciones se afirma que la naturaleza del Derecho es argumentativa. Sólo hay un momento de existencia del Derecho, y es cuando se argumenta. Si el Derecho queda en las codificaciones, en las opiniones doctrinales o de jurisprudencia, no tiene razón de ser por carecer de un medio de presentación. El Derecho se argumenta o no existe. Esta es su condición constante que permite identificarlo en todo tiempo y lugar.

Ribeiro asume con claridad ésta circunstancia al señalar que un enunciado legal que permanece en su texto, aislado de la realidad, sólo tendrá un significado textual, por tanto en el contacto con un problema es que entra en una dimensión de probabilidad en un argumento.¹² Es evidente que el derecho, como abstracción sólo tendrá un significado contextual, literal, pero es cuando entra en tensión con un conflicto cuando adquiere su dimensión jurídica, es decir, al momento de ser argumentado.

Ahora bien, si el derecho tiene un condición constante la pregunta es ¿existen condiciones mutables?, y la respuesta evidente es sí.

¹² RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, Guanajuato, Mex., Porrúa, 2015, p. 284.

A este respecto resulta muy sencillo caer en la trampa de pensar el derecho como su exteriorización, dado lo polisémico del término, en consecuencia parece asequible admitir que el derecho cambia y no tiene una condición de constancia en su naturaleza. Esta es una confusión común, cuando en realidad el Derecho tiene una naturaleza constante y permanente, lo que cambia o muta es la materia que regula, y es cierto, en sus ámbitos exteriores, el derecho cambia en virtud de modificarse la materia que reglamenta.

A este respecto, y siendo un producto convencional, el derecho ha adquirido una condición de interdisciplinariedad, multidisciplinariedad e incluso transdisciplinariedad. El derecho, insisto, tiene un momento de existencia, que es su argumentación, y por tanto implica el contacto entre el derecho y una conducta específica. Regularmente ésta relación depende, en su exteriorización, de otras disciplinas para comprender la consecuencia y alcances del derecho.

Si éstas disciplinas funcionan con el derecho para modificar la norma, estaremos en un caso de interdisciplinariedad; si se interrelaciona para dar a conocer cómo es que se exterioriza una conducta, el análisis será de multidisciplinariedad, y; por último si el derecho permite que las disciplinas funcionen de modo autónomo y permanente estaremos en análisis de transdisciplinariedad.

Hablar en este contexto de disciplinas es hablar de ámbitos discursivos, y éstos pueden tener tantos contenidos materiales como especialidades y especificidades discursivas, bien sean técnicas o científicas, incluso aquellas que no tengan reconocido un carácter equivalente, como pudieran ser las creencias fundamentadas o no (piense en la clarividencia, por ejemplo).

Estos discursos serán instrumentos para el derecho, que permitirán su mutabilidad exterior, y este es el concepto que entiendo como *mutabilidad instrumental*. La materia que reglamenta tendrá su génesis en un discurso específico de una materia determinada que puede ir de las ciencias exactas a las sociales y humanas, hasta aquello que escapa a la razón práctica como concepto aristotélico.

La apariencia de mutabilidad instrumental del derecho atiende a las diferentes materias que reglamenta, es decir, a sus condiciones externas, en tanto que sus condiciones internas permanecen de forma constante como condición de su naturaleza que atiende a su forma de ser.

En mérito de la condición polisémica del vocablo *Derecho*, se debe hacer un diferencia entre una abstracción como condición interna y otra como condición externa. La primera atiende a la naturaleza del derecho como forma de presentarse, en tanto que la segunda es inherente a su materialización.

La condición interna es permanente, es constante y permite la identificación del derecho en todo tiempo y lugar, en tanto que su materialización establece diferencias en sus análisis históricos y discursivos.

La condición exterior de la norma permite su adscripción a un lugar y tiempo determinado que caracteriza una ideología dominante. Pero también permite establecer la materia que reglamenta, valiéndose de recursos discursivos de disciplinas contemporáneas.

En todo tiempo y lugar, donde exista una *OBLIGATIO* se presenta el derecho, y éste tendrá como naturaleza propia la argumentación. El derecho existe cuando se argumenta, y se argumenta cuando se interpreta.

CAPÍTULO II UNA METODOLOGÍA AD HOC EL SILOGISMO COMO OBSTÁCULO

2. *Adiós al silogismo aristotélico*

Siendo que la naturaleza del derecho es discursiva y por tanto argumentativa a partir de su interpretación, es dable entender el método que se utiliza en el presente análisis antes de entrar directamente en la materia de estudio.

La interpretación del derecho puede tener ángulos y operadores diversos, cada uno construyendo argumentos a partir de sus propios intereses. De esta pluralidad es claro que sólo algunos tienen una relevancia, que es denominada como *interpretación auténtica*, es decir, que genera efectos jurídicos.

La interpretación, por tanto, con valor en el derecho, será realizada por las autoridades que participan en la creación, aprobación y aplicación de las normas. Pero ésta interpretación se encuentra bajo el marco de un acto de autoridad, en consecuencia tiene como límite formal positivista el *principio de legalidad*, que atiende a que una autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite.

Entonces el modo de ofertarse la interpretación, como un primer espejismo, es bajo el principio de legalidad, que implica una interpretación sistemática basada en lo que ya existe como evidencia, método formalista derivado de la filosofía materialista y positivista.

Este razonamiento llevó a la aplicación del *silogismo teórico aristotélico* como un método “infalible” de aplicación del Derecho, donde se planteó a la Premisa Mayor, como la ley; la Premisa Menor como el hecho sujeto a análisis, y; Síntesis el resultado del contraste de ambas premisas. Si el razonamiento se realizaba a partir de leyes, entonces se identificaba como parte del sistema jurídico y era fundado. Se cumple con el principio de legalidad. Las razones para llegar a la síntesis, son las motivaciones, entonces se vuelve a cumplir con el paradigma del principio de legalidad. Pero ésta forma de razonamiento no tiene cabida en el derecho.

Derivado de este razonamiento, ahora se demostrará la inaplicabilidad en el Derecho de la lógica aristotélica referida, en este caso, al Silogismo Teórico, que no genera certeza alguna y en todo caso lo único que puede garantizar es que un razonamiento que lo utiliza tendrá una estructura lógica, pero su resultado distará mucho de arrojar aplicación estable del Derecho, de ahí su contingencia y la necesidad imperiosa de romper este paradigma, al cual considero ya muerto ideológicamente.¹³

Durante la Revolución Francesa, en 1789, surgió la idea liberal de que toda constitución debía contemplar un catálogo de Derechos del Hombre como límites al ejercicio de poder público, lo que en apariencia era correcto. A partir de éste momento pareciera que la forma lógica del Derecho resultaba ser el positivismo, mismo que encuentra su más grande expositor en Hans Kelsen, y se fortalece con el principio de legalidad¹⁴ a que hemos hecho alusión, situación que privilegia a la ley como fundamento

¹³ COURTIS, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, p. 349. Courtis plantea una dicotomía entre la ideología como modo de entender un objeto y como modo de valorarlo. El primero es un uso neutro y el segundo es un uso negativo, reminiscencia de un concepto marxista. En este caso el uso del término *ideología* atiende a la forma de entender un objeto jurídico, que partiendo del uso del silogismo era sencillo de comprender, por lo menos en apariencia, en tanto que también resultaba una forma de categorizarlo y calificarlo. Por ello la consideración de que ideológicamente la lógica aristotélica no es suficiente ni para comprender el derecho y menos aún para calificarlo.

¹⁴ El particular puede hacer lo que la ley no prohíba, en tanto que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le ordena.

de todo acto de autoridad, en otras palabras, el estatuto lógico del razonamiento jurídico era muy sencillo, si lo ordena la ley es legal, y siguiendo el discurso del positivismo arcaico, si lo ordena la ley como producto de las mayorías, entonces es justo.

En este sistema positivista, la Democracia, como decisión de mayorías, es el parámetro de medición no sólo de legitimidad de la ley, sino de su contenido como algo racional, justo y verdadero.

Entonces la forma de aplicación del Derecho resultaba ser el silogismo aristotélico.

A lo largo de la obra de Aristóteles de Estagira¹⁵, lo que se conoce como el corpus aristotélico, éste filósofo deja ver lo que se conoce como Silogismo, citando que a partir de dos situaciones convenidas como verdaderas, surge una tercera diferente que también es verdadera. Esta estructura de pensamiento se divide a la vez en dos formas principales, el llamado Silogismo Práctico y el Silogismo Teórico.

El Silogismo Práctico es constituido como una razón para la acción humana. Esta forma de razonamiento deriva del análisis de porqué se hacen las cosas, y parte de premisas básicas a las cuales considera como verdaderas:

El medio X es el más adecuado para conseguir O.

Deseo obtener O, independientemente de los problemas que genere.

En consecuencia debo hacer X.

¹⁵ Aristóteles era originario de Estagira, por eso algunos autores lo citan como El Estagirita.

Algunos autores consideran que en éste razonamiento no se incluyen conceptos morales o éticos, sino sólo deseos y acciones, sin embargo el hecho de realizar una elección considerada como adecuado o correcto implica valoraciones tanto prácticas como éticas y morales.

La estructura de pensamiento derivada del Silogismo práctico pudiera encontrar un campo pragmático en la generación de normas, dando como una verdad, siguiendo el razonamiento aristotélico, que los generadores de normas obedecen a conceptos morales y éticos adecuados a la sociedad a la que representan y no a meras dimensiones de poder derivadas de un sistema democrático metodológico. Desafortunadamente no es el caso de Latinoamérica.

El Silogismo práctico, dada su naturaleza, decanta en ser utilitarista y relativista, por tanto ajeno a la aplicación del Derecho.

Ahora bien, lo que concierne al Silogismo teórico, este tiende a ser demostrativo por medio de la inducción, y encuentra su estructura lógica a partir de dos premisas consideradas como verdaderas. La mayor de orden universal y general; la segunda implica un caso particular, y el contraste de ambas dará por resultado una conclusión igualmente verdadera. Para ejemplificar me permitiré tomar el ejemplo de los enunciados Alpha a los que hace referencia el Dr. Rolando Tamayo¹⁶ y que se atribuyen a Thales de Mileto.

Los ángulos internos de un triángulo suman 180 grados.

¹⁶ TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, 2004, pp. 23-43.

X es un triángulo.

El triángulo X, en sus ángulos internos, suma 180 grados.

Podemos establecer que la premisa mayor indica el predicado de la conclusión, en tanto que la premisa menor establece el sujeto de la oración.

Los hombres son mortales.

Sócrates es hombre.

Sócrates es mortal.

Entonces el Silogismo teórico es demostrativo, en otras palabras, sirve para acreditar que un sujeto cumple con un predicado y ésta es la conclusión que deriva de dos enunciados o premisas consideradas como verdaderas.

Hasta ahora se ha mencionado el planteamiento lógico y pareciera ajustado a parámetros de razonabilidad. A pesar de ello ahora me ocuparé de las razones por las cuales dicho paradigma no tiene cabida en la aplicación del Derecho atendiendo a la naturaleza argumentativa de éste.

Para empezar, el Silogismo teórico tiene su fundamento en la existencia de premisas verdaderas, lo que lleva a un primer problema respecto del Derecho, ¿podemos considerar los enunciados de la ley como verdaderos?, siendo que la premisa mayor hace referencia a un ámbito universal que provee el predicado de la conclusión, éste será la ley. El problema

fundamental es que la ley no es verdadera, ya que el concepto de verdad se construye dialógicamente y depende del auditorio que recibe un enunciado.¹⁷

La característica de la ley no radica en su verdad, sino en su obligatoriedad, por tanto el enunciado legal no es verdadero, es vigente. Adquiere ésta calidad y en consecuencia es obligatorio una vez que concluye todo el ritual legislativo.

La premisa mayor no es verdadera, es legal y en el mejor de los casos vigente.

La segunda premisa, denominada como menor, hace referencia a un caso específico, mismo que se conforma por hechos que, a decir de los comentaristas y apologistas de la ley, actualizan los supuestos fácticos normativos.

El problema de los hechos es su demostración¹⁸ atendiendo a los intereses de las partes. La situación que plantea la norma nos lleva a concluir que los hechos no son absolutos, sino que dependen de su demostración. Un hecho sólo existe a partir de su argumentación, de modo que, salvo los hechos notorios, un hecho sólo existirá para el Derecho a partir de dos momentos, su argumentación y su demostración.

A modo de conclusión intermedia, los hechos, como premisa menor, tampoco son verdaderos, sino que son demostrables, son probables. Este planteamiento lo realiza el Dr.

¹⁷ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Op. Cit.*

¹⁸ La ley civil señala la obligación de demostrar los hechos en que el actor fundamente su acción y el demandado sus excepciones; la norma penal obliga a demostrar los hechos que acrediten la existencia del delito y la presunta responsabilidad del imputado, y en el caso concreto, a la defensa a demostrar los hechos de la inculpabilidad, inimputabilidad, inexistencia del delito o causa atenuante, etcétera. En todo caso se hace referencia a hechos.

Gerardo Ribeiro¹⁹, lo que nos lleva a sintetizar la siguiente estructura lógica aristotélica, la premisa mayor no es verdad, es legal; la premisa menor no es verdad, es probable, la consecuencia:

Legal.	(PREMISA MAYOR)
Probable.	(PREMISA MENOR)
Probablemente legal.	(CONCLUSIÓN)

Estamos en condiciones de concluir que la aplicación del Silogismo teórico aristotélico no lleva a una correcta aplicación del Derecho, sino a una implementación de lo probablemente legal, es decir, una circunstancia probabilística ajena a la certeza jurídica que supone el principio de legalidad que fundamenta ésta lógica.

El problema surge cuando el Derecho no permite estas condiciones en su aplicación ya que choca con principios como el Debido proceso y el de Certeza jurídica,²⁰ definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que tienen por efecto lograr la eficacia en la aplicación de la norma, por medio de la demostración absoluta de los extremos fácticos normativos.

La problemática que se plantea se refleja con mayor claridad en el Derecho penal, cuando señala que en caso de cualquier duda, se debe absolver al reo (in dubio pro reo), lo que lleva a que si la conclusión del silogismo es algo probablemente legal, significa que un

¹⁹ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Op. Cit.*

²⁰ Tesis 2ª VII/2015 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Tomo II, Libro XV Febrero de 2015, p. 1766.

juez no podría tener la certeza absoluta de los hechos ni de la verdad de los enunciados legales, por tanto en todo proceso penal se debiera absolver al reo, lo que también resulta insostenible e implicaría el fracaso del sistema punitivo.

La primera tensión que genera esta propuesta es con la existencia de los llamados casos fáciles, donde pareciera que un hecho sólo admite una respuesta correcta por parte del Derecho, con lo que se reivindicaría el silogismo. A este ángulo de tensión llegaría una pregunta coherente e ineludible, ¿existen casos fáciles en el actual entramado jurídico?, sostengo que no. El caso ya no es fácil sólo por su existencia fáctica, que por sí misma es problemática, sino por los planteamientos y argumentaciones de los antagonistas. Resulta complejo pensar en casos fáciles, de aplicación unívoca e inequívoca del Derecho.

La condición de casos fáciles no depende del caso en sí, sino del planteamiento de la defensa, a quienes nos corresponde una interpretación amplia del Derecho, desde su conceptualización y su definición. El Derecho es lenguaje y éste es polisémico, de modo que pensar que un enunciado dice una y sólo una cosa, es una falacia, lo que lleva a concluir que la premisa mayor del silogismo, y que lleva a la ley admite diversas definiciones.

Ahora bien, suponiendo como parte de la fenomenología jurídica a la norma, y ésta la consideramos como una ley, en el sentido más positivista posible, implicaría un objeto regularmente estable, es decir, que puede ser apreciado ontológicamente y que admite un lenguaje objeto que lo describe y a partir de este un metalenguaje que lo explica, y a pesar de ello seguiría siendo sólo legal.

Si se substituye en la premisa mayor a la ley, por un principio, el problema se acentúa, dado que si el primero es sólo legal, el segundo adquiere una dimensión ética, es decir, una aplicación que se supone es correcta, buena, adecuada, sana, etcétera, que implica

por sí mismo una duda en su marco de aplicación. Los hechos, como premisa menor, continúa siendo algo sólo probable, no absoluto.

En efecto, ahora, con relación a los principios pensemos en una estructura acorde a la lógica aristotélica del silogismo teórico, para cuyo caso tendremos:

Éticamente Correcto.	(PREMISA MAYOR)
Probable.	(PREMISA MENOR)
Probable que sea éticamente correcto.	(CONCLUSIÓN)

No evado una discusión, muy cercana, que corresponde a la tensión de señalar que en materia de aplicación de principios, si es éticamente correcto que sea suficiente ésa probabilidad para que sea aplicado. ¿Será el mismo criterio de tensión si se habla de un procedimiento penal?, es decir, contra el resultado del silogismo aristotélico que concede que sólo se trata de algo probablemente legal, la aplicación en torno a principios que dice que es probable que sea correcta su aplicación, ¿supondría que todo acusado podría alcanzar un beneficio en virtud de que siempre existirá una duda razonable?, porque de ser así se llegaría al absurdo de que el proceso penal no tiene razón de ser, lo que implicaría el fracaso total de toda una tradición jurídica.

Definitivamente no es la metodología adecuada para este análisis. Ha quedado demostrado que la lógica aristotélica no es aplicable en el derecho en materia del más rancio positivismo y menos aún en el pujante iusnaturalismo.

La imagen formalista del derecho queda completamente destruida.

Para comprender el método que se utiliza, es necesario retomar el punto de que la naturaleza del derecho es argumentativa, discursiva, interpretativa. En efecto, el derecho no existe si no es interpretado, si no es dicho, si no se argumenta. El derecho tiene sólo un momento de existencia y es cuando se argumenta.

En virtud de lo anterior, el método que se utiliza es el histórico – analítico, partiendo del desarrollo breve del concepto de argumentación, como naturaleza del derecho, y de la retórica como estrategia discursiva.

La propuesta tiene tentaciones inherentes. Si el método formalista no es aplicable, entonces la teoría de la argumentación será la que domine en el proceso hermenéutico de la norma, para dotar de existencia al derecho, en consecuencia la estructura del argumento sólo será eficaz cuando logre un grado de aceptación en el auditorio para el que está destinado, lo que llevará sin duda a la legitimación del proceso interpretativo, su admisión y su aplicación por medio de los operadores jurídicos mediante una interpretación auténtica.

Entonces, la pregunta es ¿la interpretación, como modo de ser del derecho y forma de presentarse, tiene límites?

CAPÍTULO III LOS LÍMITES HERMENÉUTICOS

3. Límites a la interpretación de la constitución

He detallado que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación del material constitucional, entre el cual se encuentran los Derechos Humanos y que siendo coherentes con la distribución de facultades que establece la Carta Magna Mexicana, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde la interpretación del material constitucional, es decir, dotar de un contenido de fondo y de un sentido a las disposiciones previamente existentes, derivadas de decisiones democráticas a nivel constitucional.

En principio pareciera claro que el Poder Constituyente Permanente es el único que puede generar normas democráticas constitucionales, es decir, adiciones o reformas a la constitución, en consecuencia lo menos que podemos esperar del intérprete en sede judicial, es decir, de la Corte, es que sus resoluciones sean respetando dicha decisión democrática.

En éste trabajo no me ocuparé de un concepto tan amplio y a la vez difuso como lo es la Democracia, pero si partiré de conceptos que nos permitirán avanzar en torno a la forma de decidir cuestiones sujetas a interpretación.

Es incuestionable que la forma de resolución de conflictos se encuentra en relación directa con el tipo de sociedad a la que se destina. En el caso concreto nuestra sociedad se mueve en un doble ámbito entre lo público y lo social. El primero atiende a toda cuestión

que se percibe apegado a normas legales, en tanto que el segundo se distingue por tratarse de soluciones políticas y de carácter sociológico. La principal problemática que enfrenta nuestro sistema de decisiones jurisdiccionales es que ambas funciones, tanto de decisiones normativas como de decisiones políticas a nivel constitucional, se depositan en el mismo organismo, de modo tal que es difícil diferenciar cuando se trata de resoluciones normativas y cuando de decisiones sociales.

Bajo este esquema la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene el deber de interpretar el material constitucional, que implica reconocer en la Constitución tanto una norma fundamental como un pacto político, mismo que resulta imposible de diferenciar, más aún cuando, por que en abstracto, la política implica la búsqueda de soluciones a un problema determinado, lo que desde luego realiza la Corte, pero también es cierto que éstas soluciones no deben exceder de los límites Constitucionales, por lo que cabe fácilmente la confusión en torno a qué es lo que hace la Corte.

Para una mayor confusión, y en torno a ésta problemática la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación se encarga de tensar más el tema al señalar al inicio de sus análisis interpretativos que se sujetará a modelos interpretativos cognitivos, pretendiendo establecer que su análisis será estrictamente normativo, *apegado a derecho*, partiendo de la tautología de fundar y motivar sus decisiones.

Existe además un doble sentido de las decisiones de la Corte, ya que primeramente resuelven casos concretos en virtud de una temporalidad y un contexto, es decir, sus decisiones son particularistas y contextuales, pero acorde a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Amparo, que establece la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte, entonces dichas decisiones, para casos futuros, adquieren condiciones de atemporalidad y acontextualidad, pretendiendo generar un sentido de estabilidad funcional

en las decisiones jurisdiccionales. Bajo este sistema las decisiones y la forma como habrán de ser tomadas parecieran ser resueltas *ex ante*. Pero tratándose de colisión de derechos humanos, donde además de un ejercicio interpretativo se requiere, en el mejor de los casos, un ejercicio ponderativo, la solución cambia su forma para ser conocida sólo *ex post*. En el primer caso se genera la regla que propicia la solución para casos similares y en el segundo se invierte el orden para otorgar una solución específica sin generar una regla aparente, sino un criterio interpretativo.

No existe un parámetro pragmático que permita con plena claridad diferenciar una decisión apegada a una norma democrática o bien una decisión de carácter funcional, independientemente de la existencia de una decisión democrática, es decir, si se trata de una decisión democrática estadística o bien una decisión democrática comunitaria, parafraseando a Ronald Dworkin. Dado que la Corte, en las formalidades de cada tesis que emite, se ocupa de señalar que atenderá al material previamente existente, por tanto su interpretación toma un cariz sistemático funcional. Pero éste es en ocasiones sólo un pretexto para una decisión. Sin embargo, lo cierto, es que la Corte muestra la apariencia de respetar una decisión democrática, y en realidad parece dirigir varios discursos argumentativos para auditorios diferentes.

Bajo este esquema Bobbio refiere a la democracia hacia un autogobierno, donde ésta señala *quién puede decidir y de qué forma puede hacerlo*, luego entonces se trata de un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas.²¹ Es importante resaltar que nada tiene que ver con el resultado, es decir, con la decisión sino con el *quién* y el *cómo* se toma ésta decisión. En consecuencia se puede concluir que una decisión apegada a éstas reglas de cómo y quién debe ser una decisión democrática. Sin

²¹ SALAZAR Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 136.

embargo el apegarse a una decisión de éste calado dejaría fuera cualquier posibilidad de decisiones sociales.

Esta regla parecería llevarnos al mayoritarismo, es decir, las decisiones de las mayorías sin tomar en cuenta a las minorías. Será el mismo Norberto Bobbio, quien al referir un esquema estructural de Democracia, señale como un elemento necesario el que ninguna decisión adoptada por mayorías pueda limitar derechos de la minoría.²² Me parece que este argumento resulta tautológico y circular, ya que al cuestionar cuáles son los derechos de las minorías encontraríamos que éstos deben ser determinados también por las mayorías, es decir, las mayorías respetarán sólo los límites que las mismas mayorías hayan determinado, dado que si concedemos que a partir de la actividad hermenéutica de la Corte, ésta pueda generar derechos a las minorías bajo principios de *justicia* o de simple *mayoría de razón*, estaríamos dotando a un organismo de facultades que están reservadas a los conglomerados derivados de la democracia misma. Entonces, y particularmente me parece perverso, dejaríamos que la decisión y generación de derechos estuviera en un colegio jurisdiccional carente de una sensibilidad política y con funciones, de principio, positivistas.

La tensión existente entre la Corte y los órganos democráticos, ha sido históricamente fuerte, y en el menor de los casos, muy sutil. De ahí que hemos presenciado el viaje de la soberanía del ejecutivo al legislativo y ahora, con pretendidas intenciones, al judicial. A partir de corrientes actuales de Teorías del Derecho, se pretende una lectura moral de la Constitución, entonces ya no es tan trascendente la decisión democrática, ya que apegados a la teoría de Bobbio, la Corte tendría facultades para, en su ejercicio hermenéutico, acotar o extender los efectos, intensidades o materia de la decisión democrática expresada en una norma.

²² *Ibidem*, p. 137.

Esta es una tensión de forma, matizada por Karl Schmitt quien establezca una limitante de fondo al señalar que “...no basta con que impere la mayoría de los ciudadanos activos, sino que, además, es preciso que tenga derechos ciudadanos la gran masa de la población.”,²³ concepto que implica la existencia no sólo de formas en cuanto a quién y cómo, sino que además establece conceptos fundamentales, la existencia de derechos para la gran masa de población. Ambos conceptos van dirigidos a la democracia, y son relevantes como límite interpretativo.

El argumento que vierte Schmitt también adolece de una tautología y circularidad, dado que no incide en quién o quiénes determinan los derechos de las masas, y apegados al sistema democrático que nos rige, y más aún a la consideración de que todo debe ser resultado de una decisión consensada, es evidente que corresponde a las mayorías la determinación de los derechos de las minorías o de las masas. Insisto, el mayoritarismo sigue siendo la regla en el sistema democrático, aun cuando se quiera apreciar este caso a partir de las ideas de Dworkin o bien de Schmitt. No es dable conceder que sea un organismo intérprete el que genere derechos, ya que sería tanto como aceptar que la interpretación puede exceder los límites del objeto interpretado. Este ejercicio sería un exceso y, en nuestro caso, un exceso inconstitucional.

Ronald Dworkin hace una diferencia respecto de dos tipos fundamentales de democracia,²⁴ reconociendo que democracia es acción comunitaria y no individual, lo que parte del mismo artículo 39 Constitucional, que señala que el poder emana del pueblo, es decir, del conjunto social denominado pueblo, y no de una persona en lo individual, y además de que la democracia es identificada como acción al referir que la participación social lleva a decisiones, por tanto la democracia es acción. Bajo este parámetro la primera es la *democracia estadística* o democracia de mayorías, que implica respetar

²³ SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, México, D.F., Alianza Editorial, 2011, p. 292.

²⁴ DWORKIN, Ronald, *Op. Cit.*, p. 11.

fundamentalmente el principio de supremacía constitucional, consecuentemente que mediante la decisión de interpretación judicial, se confirme y fortalezca la decisión democrática. A ésta primera forma de interpretación y respeto a la democracia de mayorías la denominaré *interpretación normativa*, ya que al apearse a la decisión democrática mayoritaria, pasando por alto a las minorías, la Corte aportará sólo elementos que fortalezcan el orden constitucional bajo modelos interpretativos de carácter cognitivo, literal y sistemático. Este tipo de interpretación va dirigido principalmente a los integrantes de las mayorías, quienes tendrán como sostén el hecho de tener una línea interpretativa conforme a la decisión democrática tomada. Decisión democrática que deriva de mayorías claras, aun cuando en ocasiones no contundentes. Con éste criterio interpretativo es evidente que la Corte elige adecuadamente a su auditorio a quien envía el mensaje de que respeta el orden democrático, que se alinea a la decisión de las mayorías y que se somete a éstas.

El paradigma de este primer límite de interpretación se fundamenta en la ideología positivista, que parte de dar primacía a lo que considero como *la trampa del positivismo*, y ésta consiste en señalar que si se trata de una decisión de mayorías estadísticas y es una ley, entonces es justa y es correcta, es justo aquello que está permitido y es injusto lo que está prohibido.²⁵ Implica que la regla ya existe y se determina su sentido.²⁶ Afirmo que la mayoría democrática no da la razón, pero si da mayores posibilidades de tener la razón, lo que de entrada choca con el principio de legitimidad democrática que *otorga la razón* a las mayorías.

La segunda categoría de democracia que establece Dworkin, se refiere a la *democracia comunitaria*. Este tipo de acción de grupo se diferencia de la estadística, porque ahora se toma conciencia del grupo y los efectos de las decisiones. En ésta democracia

²⁵ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, D.F., Ed. Fontamara, 2012, pp. 54-59.

²⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, p. 37.

comunitaria, las decisiones se toman considerando los efectos tanto en las mayorías como en las minorías, reconociendo que ambas forman parte de un sistema democrático.

La interpretación conforme a una democracia comunitaria, se construye a partir de conceptos más amplios cognitivos, neo cognitivos, sobre marcos contextuales o coyunturales e incluso sobre conceptos derivados del escepticismo realista, donde el contenido normativo sólo es un pretexto para llegar a una determinación funcional del Derecho, lo que aporta una solución específica a un problema de alcance general específico y determinado.

Las formas características de este modelo interpretativo con límite de una democracia comunitaria, se fundamenta básicamente en principios, los cuales son, en palabras de Humberto Ávila,²⁷ términos indeterminados que proporcionan un fundamento para encontrar después la regla aplicable, es decir, los principios son sólo directrices que pueden ser, y regularmente son, utilizadas de acuerdo al sentido que de forma predeterminada se pretende otorgar a una interpretación. La características fundamental de este modelo interpretativo es la alusión a términos como *justicia, equidad, moral*, etcétera.

A ésta interpretación la entiendo como *interpretación política concreta*, en contraste el concepto de interpretación política abstracta, corresponde a la elección de decisiones que toma el órgano interpretativo en el camino a establecer el sentido de una norma y la solución de una problemática determinada. Esta interpretación abstracta aplica en ambos modelos que estamos utilizando, es decir, tanto en el normativo como en el político

²⁷ *Ídem.*

abstracto, pues implica toma de decisiones tanto de los enunciados, del lenguaje y de forma indicativa la solución que se abordará.

Bajo éstos parámetros, la primera limitación que tendrá la interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación será la democracia y específicamente la categoría de democracia elegida conforme al alcance de la problemática a resolver, si es individual o equiparable a lo individual será una interpretación normativa, y si se trata de un problema de alcance general, la interpretación será política concreta.

Esta última interpretación pretende ubicarse en la figura que Ferrajoli²⁸ denomina como *punto de vista axiológico del derecho*, y al respecto afirma:

Es el punto de vista de la filosofía de la justicia, tanto política como moral, y de manera más general, el punto de vista de la política, que contempla al derecho positivo vigente y a las instituciones jurídicas de los diferentes ordenamientos como un producto histórico, político y social, que debe ser construido (o demolido), defendido (o criticado) y conservado (o transformado).

Resalta el hecho de que para Ferrajoli, bajo el punto de vista axiológico que detalla, no es importante el origen legislativo del derecho, sino su apreciación por medio de valores. Este modelo es el de interpretación política concreta.

3.1. Coherencia constitucional

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, Moreso, Juan y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª Ed., México, Fontamara Fundación coloquio jurídico europeo, 2013, pp. 44-45.

El siguiente parámetro de limitación a la actividad hermenéutica que realiza la Corte, es el de la coherencia constitucional, es decir, que toda actividad interpretativa cuente con los precedentes suficientes que permitan identificar al resultado, tanto interpretativo como resolutivo, como parte integrante de un sistema jurídico.

El concepto de coherencia constitucional, que tiene su origen en la teoría positivista del derecho, sostenido por Hans Kelsen,²⁹ refiere que en un sistema jurídico se identifican las normas que permiten la creación de nuevas normas, lo que también establece un principio de jerarquía normativa, es decir, la que permite es superior y la creada a partir de ésta es inferior. A partir de ésta idea, en cuanto a la creación de normas, existe el principio de jerarquía constitucional, es la norma superior. Sostiene Kelsen que la única norma por encima de la constitución es la norma fundante, pero ésta es supuesta, es un pacto político que se materializa en la Constitución.

Este es un primer parámetro de coherencia, al sujetarse a reglas sobre creación de normas, es concordante con la idea de Bobbio, es decir, estas reglas señalan quién puede crear normas y cómo es que habrá de crearlas. La primera parte que refiere Bobbio, relativa a *quien*, es fundamentada en un sistema de competencias mediante el cual se establecen los organismos que pueden crear, en tanto que la segunda parte, el *cómo*, establece los procedimientos de generación de normas. En la idea de Bobbio faltaría por acotar un *qué*, lo cual implica una relación de fondo entre la norma creada y el marco material de su contenido. Es volver a la decisión democrática previa, la norma que se crea debe respetar ésta decisión democrática. Atendiendo al viejo principio de la supremacía constitucional, evidentemente el *qué* tendría como límite ésta norma.

²⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1982, p. 232.

De igual forma Kelsen sostiene que existen acuerdos fundamentales en la constitución que no pueden ser derogados por una norma secundaria, criterio que es retomado posteriormente por Luigi Ferrajoli para establecer dos criterios en torno a la validez de las normas, el primero que deriva de la validez formal, que tiene que ver con el *cómo* y *quién* que detalla Bobbio y las normas que permiten generación de normas que refiere Kelsen, y un segundo criterio de validez que es material, lo que Kelsen señala como acuerdos fundamentales, y que refiere que las normas creadas no pueden derogar las normas superiores y deben corresponder al contenido material de las primeras, es decir, de las superiores.

En consecuencia, la limitante referida a la coherencia constitucional en la interpretación será tanto la jerarquía normativa en el sentido de que no deberá derogarse norma constitucional alguna por medio del proceso interpretativo y, en otro sentido paralelo, que los contenidos de la norma constitucional se encuentren inmersos en la interpretación.

Vale la pena resaltar que el concepto de coherencia constitucional no se encuentra estrictamente limitado a una interpretación cognitiva, ni histórica ni conceptualmente hablando, por tanto afirmo que se abre la posibilidad de encontrar respuestas por medio de interpretación neo cognitiva e incluso por medio del escepticismo realista, siempre y cuando se cumpla con el contenido conceptual de la coherencia constitucional.

Dentro de estos parámetros de coherencia, que parecieran totalmente positivistas, surge una tensión que rompe ésta directiva. Al incluirse en el orden constitucional los llamados Derechos Humanos, éstos son parte del bagaje de coherencia constitucional, pero al resultar principios indeterminados, estos son construidos por medio de conceptos hermenéuticos realizados por la Corte, y siguiendo la metodología detallada anteriormente,

ahora la coherencia no deriva de la norma constitucional misma, sino de los criterios interpretativos a ésta. Entonces el principio positivista toma un matiz iusnaturalista, con el riesgo evidente de que el argumento interpretativo amplíe los conceptos constitucionales y consecuentemente amplíe también los parámetros de coherencia.

Una vez establecidos los principios de limitación interpretativa, es necesario cuestionar si dicha tarea jurisdiccional realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se lleva bajo un esquema únicamente normativo o bien si se trata de una decisión política concreta.

La primera objeción planteada a este concepto es que toda decisión sobre un problema es política, que cuando se tiene que decidir entre opciones será una actividad política, sin embargo me refiero a éste término, ya que se resuelve un problema jurídico con una visión funcional, más que sólo normativa.

CAPÍTULO IV
TAUTOLOGÍA PURA
EPISTEMOLOGÍA DE RUPTURA COMO ALTERNATIVA

4. *Fundar y motivar, dos visiones, un qué hacer o una tautología y un pretexto*

La interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece como un acto de autoridad, por tanto queda sujeto a las condiciones establecidas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, los cuales ordenan que todo acto de autoridad, sea de molestia o sea privativo, deberá ser fundado y motivado, en consecuencia también la Corte enfrenta la obligación de fundar y motivar, pero vale cuestionarse ¿cuál es la finalidad de que un acto de autoridad deba ser fundado y motivado?

La respuesta la encontramos igualmente en la interpretación de la Corte, misma que señala que la función principal es generar certeza en el gobernado respecto a las razones y derecho aplicables al caso concreto, pero, desde mi punto de vista, no se contesta la cuestión planteada, dado que abre la posibilidad de preguntar otra vez, y ¿para qué se requiere una certeza jurídica?, es decir, es claro el concepto a partir de autoridades inferiores, dado que su actuar queda sujeto a un control de regularidad legal, constitucional y desde luego convencional, pero en el caso de la Suprema Corte, ¿cuál sería la finalidad de que su acto fuera fundado y motivado?, si se trata del último acto interpretativo que dota de sentido a un enunciado jurídico, entonces no existe una autoridad superior que pueda revisar este trabajo interpretativo y menos aún el producto jurídico generado en sede nacional.³⁰ Y si es la última interpretación, y por tanto obligatoria para el caso concreto que

³⁰ Una objeción razonable a este punto será el considerar al sistema interamericano de justicia, por tanto la decisión de la Corte pareciera quedar sujeta a una revisión. De este ángulo y a la luz de un principio interpretativo de la Corte Europea de Derechos Humanos, y que se refiere como *Margen de interpretación nacional de los Derechos Humanos*, es donde el contenido y forma e los Derechos Humanos vuelve al ámbito nacional, lo que resulta nuevamente en una tautología.

se resuelve y para futuros similares, ¿para qué se buscaría generar una certeza en un gobernado que de todas formas, con certeza o no, debe cumplir con esa determinación?, ¿sería el mismo resultado si la Corte da argumentos sólidos y reforzados o bien si se concreta a un argumento de “*porque lo digo yo!*”?, definitivamente el resultado sería exactamente igual, la individualización del derecho y del sentido de la norma a un momento y contexto sería igualmente obligatorio, entonces las razones no tienen relevancia alguna.

A partir de este concepto y la carencia de una revisión superior a la que realiza la Suprema Corte, el argumento que se vierta para fundamentar y motivar una determinación, se vuelve circular y la razonabilidad de la resolución se encuentra inmerso en el argumento vertido, sea el que sea, mientras que éste argumento encuentra su justificación en el resultado emitido. En consecuencia si no se encuentra sujeto a una falsación argumentativa, dicha razón se transforma en un producto tautológico, vacío pero obligatorio.

Razonamiento que se hace expansible a la norma constitucional misma, dado que entonces la fundamentación y la motivación adquieren legitimidad a partir de la norma constitucional y su supremacía, la cual tomará validez interpretativa partir de reconocer su supremacía, es decir, la razón se funda en la norma y ésta en su interpretación. El argumento se vuelve circular, por tanto tautológico, dado que lo trascendente no es demostrar un resultado fáctico, sino una justificación legal.

Al llegar a este punto pareciera que fundar y motivar no tuviera razón de ser, sin embargo lo cierto es que la búsqueda de una finalidad a este respecto no se plantea desde un ángulo estrictamente jurídico, sino que parte de un esquema político que parece más cercano, entonces la resolución tiene una primera finalidad que es resolver el caso concreto propuesto a debate (solución contextual), en tanto que genera una segunda finalidad que

es dar una solución plausible para casos futuros similares. La misma solución se torna ahora atemporal y acontextual.

Como sostiene Zagrebelsky,³¹ la Corte no resulta de la democracia,³² pero es esencial en nuestro modo de entender la democracia, en virtud de que las resoluciones que emite y sus trabajos interpretativos deben fortalecer el orden constitucional, es decir, su función última es la de sostener la supremacía constitucional, que es la expresión de democracia por excelencia.

En consecuencia, si las decisiones del poder ejecutivo, así como las del poder legislativo se basan en una legitimidad democrática, derivada de una elección de conformidad a las normas electorales vigentes, es evidente que la legitimidad del poder judicial depende de otros factores, como al efecto resulta *la razonabilidad* de la decisión democrática que refiera el trabajo de la Corte y consecuentemente su admisión, de donde se infiere que la Corte también elige sus escenarios y sus auditorios.

Esta es la razón principal por la cual la Corte da las razones que tuvo, los argumentos que tomó para llegar a un resultado interpretativo, buscando la aceptación que le otorgue esa legitimidad de que en principio carece. La Corte abre sus razones y las expone públicamente, en una apariencia de un buen quehacer jurídico interpretativo, cuando en realidad, bien o mal hecho, es una decisión tomada.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El tribunal constitucional y la política*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 11.

³² El Art. 95 Constitucional señala las condiciones y requisitos para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Art. 96 de la misma Carta Magna señala que dicho nombramiento se realiza a partir de una propuesta de una terna por parte del Ejecutivo Federal y la posterior elección del Senado de la República, es decir, no se trata de una elección democrática directa, sino indirecta y que deriva más de el mérito de un consenso que de una evaluación de fondo, que atienda a capacidades jurídicas y constitucionales.

Una segunda razón por la cual la Corte motiva y funda sus decisiones, a pesar de resultar tautológico el argumento *per sé*, es también la de proporcionar una solución viable para casos futuros. La interpretación que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación no sólo resuelve un hecho específico, coyuntural, sino que también establece una regla para la resolución de casos futuros de carácter atemporal y acontextual.

Bajo ésta tesis la Corte, al realizar una interpretación normativa pretende generar un *monismo* en sus decisiones, es decir, la misma decisión para casos similares y en consecuencia busca que la decisión no dependa de tiempo ni de contextos, sino sólo que normativamente sea un caso similar. Esta figura se corresponde con un monismo atemporal y acontextual.³³ Una de las características es la generar un sistema de estabilidad de las decisiones futuras.

Sin embargo, cuando la Corte realiza una interpretación política concreta, genera soluciones particulares para contextos particulares que implica que cada caso se resuelve sin que sirva de precedente para los casos futuros, ya que cada uno se atenderá dependiendo de su contexto, en consecuencia se trata de un pluralismo en las decisiones, que se refleja en su atemporalidad y acontextualidad.³⁴

Este modelo interpretativo es sostenido por Robert Alexy³⁵ en su *Teoría del Peso*, mediante la cual pretende resolver el conflicto derivado de la colisión de principios, donde uno de ellos cede a favor del otro, pero únicamente para el caso específico. En consecuencia no se genera una regla que reste valor a uno de los principios en colisión, sino que, al

³³ LUQUE, Pau, *De la constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2014, pp. 100-123.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. Ed., Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 349-374.

presentarse un caso diferente, deberá ser ponderado de forma particular y establecer si aplica el mismo resultado de la ponderación o bien uno diverso.

La crítica principal es que se genera inestabilidad en las decisiones, y las soluciones sólo se conocen *ex post*, hasta concluir el proceso interpretativo. Cobra vigencia el razonamiento de Humberto Ávila en el sentido de que se toman los principios como fundamento para construir posteriormente la regla, contrario a la interpretación normativa, donde la regla se conoce antes y la solución *ex ante*, se conoce al iniciar el planteamiento del caso. Fortalece ésta idea la afirmación de Gustavo Zagrebelsky, en el sentido de que la resolución está condicionada fuertemente por los precedentes, el pasado condiciona el futuro.³⁶

Este tipo de soluciones crean una gama de complicaciones diversa, entre ellas que se pretende una lectura moral de la constitución, lo que deja abierto el sistema al órgano interpretativo, toda vez que la moral no se encuentra positivada u objetivada de forma alguna.

Para llegar a éstos resultados la Corte utiliza dos caminos, el primero que es la tautología de la fundamentación y la motivación, a la que ya me he referido, y el segundo que corresponde a un mero pretexto, cuando la interpretación normativa no es suficiente y donde pretende justificar a partir de supuestos que hacen referencia a una democracia comunitaria y no a una mayoría estadística, entonces se aparta de las reglas para llegar a los principios.

³⁶ ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El tribunal constitucional y la política, Op. Cit.*, p. 17.

Entonces la interpretación por principios es el campo fértil donde pueden crecer argumentos morales o moralinos, y no necesariamente democráticos. Esta afirmación deberá ser entendida en contexto, dado que ya antes había dejado plasmado el hecho de lo circular de los modelos interpretativos, cuando sugieren respetar los derechos de las minorías o bien los derechos de las masas, mismos que son también determinados mediante una decisión democrática de mayorías, luego entonces la mayoría seguirá rigiendo, ya que determinará, con toda precisión, el momento en que dejará de tener aplicación su decisión para el caso concreto y se tomará en cuenta el derecho mínimo de las minorías. Esta circunstancia sólo refleja una de dos opciones, o la intención de resarcir un desprecio dado anteriormente a las minorías o el buscar una legitimidad a partir de conceptos moralistas de justicia y equidad. En ambos casos se trata de una idea deliberada para manejar un resultado democrático hecho.

En efecto, del análisis de las tesis tanto aisladas como jurisprudenciales emitidas por la Corte, siempre se hace referencia a un modelo interpretativo, lo que utiliza la Corte para intentar explicar que la interpretación y generación de una norma individualizada derivada del proceso interpretativo admitido por el mismo sistema jurídico, que surge a partir de los modelos previamente existentes en el Derecho, es decir, pretende la explicación del derecho a partir del derecho mismo, omitiendo que al final deberá tomar una decisión política acorde a una decisión democrática y a un contexto coyuntural específico.

Pero, ¿qué sucede cuando el argumento normativo no es suficiente?, entonces inicia el argumento de principios, con una decisión política basada en la democracia por mayoría comunitaria.

El argumento más fuerte deja de tener valor para ser substituido por el consenso y la suma de opiniones, lo que simula más una suma de voluntades que una decisión jurisdiccional.

Aquí encontramos el problema toral de las decisiones de la Corte, dado que se pierde el sentido de la argumentación jurídica como generadora de contenidos y sentidos de las normas interpretadas, para ser substituidos por conceptos como el consenso y la construcción por mayorías, que retomando los conceptos de Bobbio y Dworkin, imponen una ideología específica en la solución concreta pasando por encima de las minorías. La tensión fundamental se encuentra en que tanto la interpretación normativa como la interpretación política concreta se concentran en el mismo organismo, y éste realiza ambas tareas a la luz de un monismo normativo, entonces estructuralmente sus decisiones deben ser idénticas a pesar de que sus contenidos sean diferentes y sus efectos equidistantes.

Si es una interpretación constitucional normativa, la realiza la Corte; si es constitucional política, la realiza también la Corte, y ésta no se detiene, y no tiene por qué hacerlo, en diferenciar una y otra. El manejo se convierte en suma de voluntades y no en argumentación inderrotable.

Señala Zagrebelsky que entonces inicia el valor del voto dentro de la Corte, al igual que sucede en los Parlamentos cuando se pretenden resolver controversias, sumando voluntades y no necesariamente argumentos.³⁷

Ambas formas de interpretación no dejan de ser políticas, sólo que una parte de la tautología de fundar y motivar y la otra utiliza el concepto de interpretación como un mero

³⁷ *Ibidem*, p. 24.

pretexto a una decisión tomada, parafraseando a Humberto Ávila,³⁸ toma un principio para construir después una regla, entonces la regla es un producto final y no un punto de partida.

Este punto permite concluir a una afirmación toral para el presente análisis, tal como sostiene Karl Schmitt, el conflicto que invoca a la Constitución no es relativo a la Constitución sino a la legislación constitucional, en consecuencia no se resuelve con la constitución sino sobre la constitución.³⁹ A pesar de ello no es posible considerar que todo se trate de la legislación misma, sino que, como lo afirmé antes, se trata de la materia constitucional, donde encuadran perfectamente los pactos políticos. ¿Acaso alguien podría negar que al establecerse por la Corte el concepto de “*vivienda digna*”⁴⁰ se está haciendo referencia a una cuestión política y no necesariamente normativa?

Esta tesis no sólo hace referencia a derechos de las masas, sino que además diferencia los derechos de grupos vulnerables a los que debe otorgarse una protección constitucional reforzada, siendo que ésta protección es derivada precisamente de una decisión democrática mayoritaria, por tanto no es una cuestión normativa, sino política, de trascendencia social.

Este argumento tiene su importancia a partir de comprender la conceptualización de la Constitución como material a interpretar, dado que puede ser considerado como una norma suprema, y que en el presente trabajo es la base de la coherencia constitucional; como un pacto y un hecho, situación con la que no acabo de coincidir, y; como un catálogo de qué hacer, retomando el concepto de Bobbio, señalando el *quién* y el *cómo*, como núcleo

³⁸ ÁVILA, Humberto, *Op. Cit.*

³⁹ SCHMITT, Carl, *Op. Cit.*, pp. 34-35.

⁴⁰ Tesis 1ª CXLVI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 798.

de la democracia, concepto que me parece más adecuado a una realidad contextual, estructural y programática de la decisión democrática.

Al adoptar la postura de entender la constitución como un *qué hacer* que involucra a *quién* y *cómo*, resulta de mayor comprensión el papel de la interpretación que realiza la Corte, pretendiendo aportar una solución objetiva a conflictos futuros en similares contextos, pero sobre todo se entenderá que al emitir una norma individualizada estará también emitiendo una orden específica de qué hacer, que trasciende al caso presente, coyuntural y se constituye como una orden específica también para casos futuros, dotando a la resolución de una atemporalidad y acontextualidad, que permitan aterrizar sus supuestos y consecuencias en casos concretos.

4.1. Interpretación normativa

Del análisis de las diferentes tesis⁴¹ que conforman el sistema jurisprudencial en México, se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como agente interpretativo del orden constitucional, señala los modelos a utilizar, mismos que corresponden a modelos cognitivistas, sistemáticos y literales, es decir, la interpretación a la luz de las diversas manifestaciones de la Corte son de carácter cognitivo. En el mejor de los casos se pueden ubicar éstos modelos como neo-cognitivistas, es decir, cada proceso interpretativo tendrá como finalidad la generación de un concepto con variantes diferenciadoras con respecto al previo, pero sigue siendo un modelo que tiene como base el conocimiento ya adquirido. Una de las principales objeciones a éstos sistemas es que no se permite que generaciones futuras tomen decisiones normativas acordes a su tiempo y se les condene a vivir bajo reglas, principios y valores que les resultan anacrónicos.

⁴¹ Tesis VI.2º.T.9K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, ubicada en publicación semanal, 27 de marzo de 2015. Tesis VII.4º. P.T.3K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, ubicada en publicación semanal 27 de marzo de 2015.

En el otro extremo encontraremos los modelos no utilizados por la Corte que corresponden a los no-cognitivistas, es decir, aquellos que parten de conceptos nuevos y no necesariamente de lo ya existente, con el fin de resolver de forma contextual y coyuntural cada controversia.

La existencia de ambos modelos interpretativos, los cognitivos y los escépticos, incluyendo los neo cognitivistas, llevan a una indeterminación preestablecida sobre cuál de ellos será aplicado, dejando en un decisionismo pleno, la resolución de la Corte, ya que elige uno, pero no indica la razón de no elegir uno diferente. Pareciera el argumento simple del *¡porque lo digo yo!*, volviendo a la tautología antes acusada.

El caso más paradigmático de ésta tensión lo proporciona la contradicción de tesis 293/2011, resuelta por la Corte de forma Constitucional, apegada a una regla y rompiendo principios.

En efecto, en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció que toda persona goza de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución, así como los reconocidos en Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, dejando claro que ambos conceptos normativos se encontraban en el mismo nivel jerárquico.

En este sentido, previamente a la reforma de 2010, la Corte se manifestó por conducto de los Tribunales Colegiados de Circuito, al emitir en septiembre de 2004 la tesis

aislada I.4o.A.440 A⁴² reconociendo que cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales tienen aplicación los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, entonces, por encima de leyes federales. Posteriormente en el mes de julio de 2007, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis aislada 2ª.LXXXIV/2007⁴³ donde estableció que los Tratados Internacionales gozan de la Presunción de Constitucionalidad hasta en tanto se declare su inconstitucionalidad por la vía idónea y autoridades competentes.

En el mismo tenor la Primera Sala de la Corte emitió la tesis aislada 1ª.XLI/2013(10ª)⁴⁴ en la cual se asentó de forma expresa que una vez que se incorporan al sistema jurídico mexicano los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, su naturaleza es la misma de los contemplados en la Constitución, es decir, ambos gozan de jerarquía normativa idéntica al establecer un catálogo, que puede considerarse ampliado, de derechos humanos.

Prima facie, era claro entender a ambos sistemas normativos, el constitucional y el internacional sobre derechos humanos, como parte de un sistema constitucional que pretende ser humanista.

Sin embargo el 24 de Junio de 2011, se presentó denuncia de contradicción de tesis ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁴⁵ entre la sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer

⁴² Tesis I.4o.A.440 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, Novena Época, septiembre de 2004, p. 1,896.

⁴³ Tesis 2ª.LXXXIV/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, Novena Época, Julio de 2007, p. 384.

⁴⁴ Tesis 1ª. XLI/2013(10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Febrero de 2013, Décima Época, t. I, libro XVII, p. 799.

⁴⁵ Por su relevancia sería remitida posteriormente al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 22 de Agosto de 2011.

Circuito Judicial Federal bajo el rubro "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACION CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN"⁴⁶ y la dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito bajo el rubro "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.",⁴⁷ en la cual sostiene que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran jerárquicamente en un nivel inferior con respecto a la Constitución.

Derivada de este proceso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó la ejecutoria identificada como Contradicción de tesis 293/2011, en la cual estableció que tratándose de restricciones al ejercicio de los derechos humanos que se encuentren en la constitución, no serían aplicables los tratados internacionales sobre derechos humanos, rompiendo el principio de igualdad jerárquica y normativa establecida en el artículo 1º Constitucional, así como los principios de *Interpretación Conforme e Interpretación Pro Persona*, pero más grave, rompiendo con las obligaciones internacionales adquiridas, entre otros, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, específicamente en su artículo 2º,⁴⁸ que obliga a modificar el derecho interno para cumplir con las obligaciones de respeto y defensa de los Derechos Humanos, y el artículo 27 De la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el cual el Estado Mexicano se obligó a no argumentar su

⁴⁶ Tesis XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, pp. 1,932-2,079.

⁴⁷ Tesis I.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, p. 1,083.

⁴⁸ Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Publicada en el DOF el 7 de mayo de 1981.

derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales,⁴⁹ ya que resultaría absurdo pensar en que se firme un tratado internacional y se adquieran obligaciones internacionales para no respetarlas y no cumplirlas.

Tomando en consideración que en el sistema de Justicia Interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido el estándar de máxima reparación de daños o reparación total, el Estado Mexicano se ubica en grave riesgo, primero de carácter económico, segundo de carácter moral y el tercero, a mi parecer el más grave, de carácter jurídico, ya que se daría el caso de que la Corte Interamericana ordenara al Estado Mexicano modificar su régimen constitucional, lo que implicaría también una ruptura como la figura del Arraigo⁵⁰ con las consecuencias de facto por tratarse de una institución relativa al Crimen Organizado.⁵¹

Derivado de la contradicción de tesis, en el cuerpo de la ejecutoria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció dos criterios que son fundamentales y que entran en un conflicto de colisión directa, generando incoherencias con el sistema constitucional.

La primera de ellas atiende a establecer que no existe relación jerárquica entre la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya que se trata de normas del mismo nivel, es decir, ambas normas se ubican a rango constitucional:

⁴⁹ Art. 27. El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados. 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. Publicado en el DOF de 28 de Abril de 1988.

⁵⁰ Art. 16, párrafo 8º de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁵¹ Este caso de injerencia del derecho internacional como normas supraconstitucionales se presentó en el caso denominado "Rosendo Radilla", *Cfr. Ejecutoria Varios 912/2010, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octubre de 2011, t. I, libro I, p. 313.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no puede ser estudiada en términos de jerarquía, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1o. precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1o. constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.⁵²

Este primer criterio fue tomado por la Corte en virtud de considerar los principios de interdependencia e indivisibilidad, lo que supone que ambos órdenes normativos se encuentran al mismo nivel jerárquico, situación que es congruente con el artículo 1º Constitucional.

Posteriormente, en la misma ejecutoria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que cuando existan restricciones en la constitución, deberá privar ésta sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado mexicano sea parte:

Como expresamente se estableció en el artículo 1o. constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado Mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1o. constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.⁵³

⁵² Ejecutoria 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro V, Abril de 2014, p. 96.

⁵³ *Ídem*.

Es decir, si existen restricciones entonces la norma constitucional recobra su jerarquía superior para imponerse sobre los tratados internacionales, rompiendo la estructura que inicialmente había establecido la misma ejecutoria, de donde resulta evidente la antinomia de principios constitucionales.

Para llegar a ambas conclusiones, la Corte estableció que utilizó métodos de interpretación específicos, como lo son la literal, sistemática, exegética y finalista.

Como demuestro a lo largo de este capítulo, los métodos interpretativos sólo otorgan un catálogo amplio de pretextos a una decisión tomada, de donde se desprende que en el caso concreto, no son utilizados con el fin de encontrar un significado semántico, contextual, funcional o finalista de un enunciado, sino que una vez tomada la determinación sólo otorgan pretextos a la misma. De lo anterior se desprende que la interpretación que realiza la Corte no es sólo basada en modelos derivados del derecho, sino en contextos políticos concretos.

Aceptar la falacia de la Corte de que toda interpretación que realiza pasa por un modelo determinado de interpretación previamente admitida por el sistema jurídico, nos llevaría a una primera objeción, ¿cuál es la razón de que tomara *ése* modelo en particular y no otro?, sin embargo, dada la naturaleza de superioridad y jerarquía de la Corte, es evidente que no habría una respuesta, es más, no le interesaría a la Corte o sus Ministros dar una respuesta.

El problema principal se desarrolla a partir del primer párrafo del artículo primero constitucional y específicamente en su parte final, al señalar que con relación a los derechos humanos *...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...*

El contexto relativo a la suspensión de derechos humanos se encuadra en el artículo 29 Constitucional, por tanto dejaré a un lado éste concepto, para ocuparme exclusivamente el relativo a las restricciones.

Atendiendo a los criterios que han sido expuestos sobre supremacía entre constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado mexicano y el principio de interpretación pro persona, que ordena la aplicación de la norma que más protección otorgue a la persona, la interpretación y posterior ponderación tiene una vital importancia, en virtud de tratarse de normas constitucionales contemporáneas y de idéntica jerarquía. Entonces es evidente que se cumple la vieja regla de que la interpretación otorga el contenido normativo al enunciado, por tanto en el presente caso no es suficiente con el descubrimiento del significado del enunciado, sino que atañe a la construcción de su sentido y la definición del Estado Democrático que representa. En síntesis, de determinarse que las normas (constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos) conservan su fuerza, incluso por encima de las restricciones constitucionales, evidentemente estaremos en presencia de una fortalecida parte dogmática constitucional que protege realmente derechos humanos por encima de su positivismo arcaico.

El caso contrario, en el que se da mayor valor a las restricciones constitucionales por encima de los derechos humanos, deja ver que el Estado Mexicano está más ocupado en el fortalecimiento de la parte orgánica. Es decir, la prioridad del Estado serán las instituciones y la norma escrita y no la parte dogmática. El desdén por la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos quedará evidenciado.

Otra vez adquiere relevancia el tema de la decisión democrática y la afirmación inicial en el sentido de que lo menos que se puede esperar de un intérprete de dicha decisión es que ésta sea respetada, que los límites del objeto a interpretar no se vean trastocados, ya que hacerlo implica trastocar una decisión de mayorías.

Resulta necesario establecer que no existen métodos especializados de interpretación constitucional, ya que no se justifica, sino que los métodos serán exactamente los mismos a partir de la Constitución y hasta el más sencillo de los enunciados normativos, sin embargo al referirme a Interpretación Constitucional, será porque se realiza sobre textos o normas constitucionales.

Llega entonces un problema toral y donde no se ha detenido la Corte para efecto de determinar el mayor peso o bien la mayor importancia:

¿Puede el constituyente restringir el ejercicio de derechos humanos derivados del orden internacional?, dado que se podría abstraer que entonces se considera a la norma interna por encima de la internacional, lo que implica desconocer tratados internacionales concretos.

La misma Corte ha evidenciado problemas internos de la mayor envergadura, ya que a partir de la tesis derivada de la ejecutoria 293/2011, en la que se determina la prevalencia de las restricciones sobre los derechos humanos, la Primera Sala de la Suprema Corte, tratando el tema del arraigo, como restricción de derechos humanos, ha dado un paso definitivo, pero, considero, de poca vida.

En efecto, mediante la tesis 1ª/J. 33/2015⁵⁴, la primera sala de la Suprema Corte determinó que en el caso del arraigo, al interponerse un Amparo Indirecto y cesar los efectos del arraigo, bien sea por poner en libertad al arraigado o bien por consignarlo, se actualizan los supuestos de sobreseimiento por actualizar causal de improcedencia que se hace consistir en la cesación de efectos. Sin embargo, dice la primera sala, dicha condición jurídica debe trascender al material probatorio obtenido durante el arraigo, por lo que este debe quedar sin efecto alguno. Entonces la primera sala dispone un mensaje muy simple, debe prevalecer la restricción en el ejercicio del derecho humano a la libertad en virtud de así considerarlo los artículos 16 y 1 constitucionales, pero los efectos deben ser destruidos. Entonces llegaremos al extremo de considerar un conflicto claro, donde debe prevalecer el arraigo, por haberlo determinado la Corte, pero no sus efectos. Parece un resultado contradictorio que pone en tela de juicio la resolución de la contradicción 293/2011.

Vale cuestionar, si se están utilizando los mismos modelos interpretativos, ¿cuál sería la razón por la que dos organismos de la Corte llegaran a resoluciones sustancialmente diferentes?, parece evidente que el problema no son los modelos interpretativos, sino los criterios preconcebidos sobre los alcances de una norma constitucional y las contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos.

La idea de existencia de la interpretación constitucional como método especializado no existe, ya que se romperían principios igualmente constitucionales como el de debido proceso, igualdad procesal, certeza jurídica e interpretación conforme, aunado al hecho de que, al ser los derechos humanos interdependientes e indivisibles, estos permean a lo largo de todo orden normativo. Por lo tanto, y estando de acuerdo con Riccardo Guastini,⁵⁵

⁵⁴ Tesis 1ª/J. 33/2015 (10ª), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 8 de mayo de 2015, ubicada en publicación semanal.

⁵⁵ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mínima Trotta, 2008, pp. 53-54.

Gustavo Zagrebelsky⁵⁶ y Ángel Garrorena,⁵⁷ no existe una interpretación específica o especializada de la constitución, resultando sustancialmente insostenible hablar de interpretación constitucional como metodología especializada.

Al respecto Guastini ha establecido cuatro argumentos fundamentales para sostener que las normas constitucionales son diferentes a el resto de la normatividad jurídica, lo cual es cierto, sin embargo, y en eso coincido con Guastini, no justifica una interpretación especializada, i) la norma jurídica se ocupa de la llamada “materia constitucional”, pero a partir de la lectura del artículo 1º de la constitución mexicana, se desprende que la materia constitucional se encuentra en la misma constitución, en tratados internacionales sobre derechos humanos y en cualquier otra norma, al señalar que las normas sobre derechos humanos se interpretarán conforme a las disposiciones constitucionales y a las contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos, haciendo una diferencia clara entre las normas, constitución y tratados, en consecuencia la materia constitucional sobre derechos humanos se encuentra en cualquier norma, en consecuencia la interpretación jurídica se puede aplicar indistintamente a todas ellas. ii) Las normas constitucionales proclaman reglas, principios y valores, sin embargo éstos también se encuentran inmersos en el resto de las normas, es decir, no se trata de una regla metodológica constructiva exclusiva de la constitución, de donde se desprende que no se justifica una interpretación diferenciada entre la constitución y el resto de las normas, por tanto es igualmente suficiente la interpretación jurídica. iii) Las normas constitucionales se diferencian del resto de las normas en virtud de la materia de que se ocupan, atendiendo a que se trata de temas políticos, y dado que las relaciones políticas son incesantemente cambiantes, se debe encontrar un método interpretativo capaz de adaptarse a éstos cambios. Las normas, como reguladoras de conductas, son igualmente cambiantes, sin importar su naturaleza, lo que se aprecia de la gran actividad jurisprudencial sobre todo

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 131-153.

⁵⁷ GARRORENA Morales, Ángel, *Derecho constitucional. Teoría de la constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013, pp. 87-109.

tipo de normatividad, en consecuencia más que referirse a una norma específica, se infiere un método interpretativo dinámico evolucionista, entonces tampoco justifica una interpretación especializada que se pueda denominar constitucional. iiiii) Los textos constitucionales son generados para durar en el tiempo, debe ofrecer una organización estable y son difíciles de enmendar o substituir, y en apariencia pudiera ser cierto, pero no se debe obviar que corresponde al organismo especializado constituyente la modificación de la norma constitucional, no al intérprete, en consecuencia la interpretación es la misma que se realiza para cualquier otra norma jurídica.⁵⁸

Por tanto al referir la interpretación constitucional que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiero evidentemente que éste organismo interpreta la materia constitucional, misma que se rige por los métodos interpretativos contemplados para toda norma, cayendo, en consecuencia, en el universo de la interpretación jurídica, la cual, en materia de derechos humanos, queda complementada con la interpretación conforme y a la interpretación pro homine o pro persona, por mandato específico de la Carta Magna.

De ésta forma, en la misma ejecutoria contradicción de tesis 293/2011, la Corte señala que utilizará diversos métodos interpretativos, el literal, el sistemático y el intencionalista o finalista, que atañe a lo que pretendió el reformador constituyente.

Esta decisión, lejos de arrojar claridad a la resolución de la contradicción de tesis, abona para generar dudas sobre su alcance y la intención de la Suprema Corte. Es considerar que sólo existe lo que se encuentra en el texto normativo, lo que atañe a un paleo-positivismo, desconociendo las nuevas corrientes que dan cuenta del derecho, como puede resultar el Neoconstitucionalismo o el Estado Constitucional de Derecho, incluso lo que se ha dado en llamar el Estado de Derecho Constitucional Internacional donde se privilegian

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 54-59.

diferentes métodos de interpretación con el ánimo de encontrar principios y valores subyacentes a la norma y de contenido evolucionista, en el cual la construcción del derecho se adecua a la época contemporánea. Por tanto el desechar de un plumazo los métodos neo cognitivos, en los cuales se construyen nuevos sentidos y significados de la norma, así como el escepticismo realista que parte de una interpretación evolutiva para adecuar la norma a la época actual sin atribuir un significado previo, abandonando el contenido sistemático cognitivo, son claramente una directriz de que el análisis se centrará en lo que contiene literalmente el enunciado en estudio.

La principal objeción a éstos modelos interpretativos neo cognitivistas es que pretenden una lectura moral de la constitución, y siendo que se carece de una moral objetiva o bien de una moral positivada, se generan fenómenos como el *pluralismo ético*, donde los intérpretes, como órgano colegiado, no garantizan contar con los mismos conceptos morales, dando por resultado que cada uno tendría una construcción diferente del concepto a interpretar, llegando al extremo del *imperialismo de la moral*, donde ahora se pretenderá que todo sea un análisis moral sobre el texto constitucional, que sin embargo no puede ser desdeñado de origen, y al hacerlo, independientemente del resultado, aleja a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de una real interpretación para adentrarse en una suma de opiniones y un consenso sobre un concepto normativo.

A partir del análisis de los modelos interpretativos detallados y las objeciones que necesariamente inciden, la Corte utiliza la interpretación literal sistemática cognitiva, pero de contenido convencional, es decir, consensado para efecto de lograr la construcción de sentido de las normas Constitucionales, incluyendo el riesgo de construir un sentido *ad libitum* pasando por encima de los límites racionales de la interpretación, límites coyunturales e históricos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que partirá de una interpretación literal, es decir, desentrañando, señala, el significado y sentido del enunciado en análisis. Entonces, el primer nivel de interpretación se basa en el lenguaje existente en el enunciado. Sin embargo la Corte no se ocupa a lo largo de la ejecutoria ni de significantes, significados o sentidos, es decir, la interpretación literal que dice realizar se limita a establecer el texto base de la interpretación, dando una idea de coherencia positivista, ilusión óptica que se rompe al dictarse una resolución de carácter contextual y consecuentemente política.

Al referir los argumentos que sostienen que las normas constitucionales son diferentes a el resto del sistema jurídico, se menciona que uno de ellos era el referido a la materia constitucional, y que ésta se encuentra en cualquier norma interna, en la constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, delimitando exclusivamente este concepto fundamental relativo a la Constitución.

Partiendo de la polisemia del término *constitución*, siendo corta cualquier definición, utilizaré el concepto en sentido formal que utiliza el maestro español Ángel Garrorena Morales, que la identifica como “...*aquel conjunto de normas que establecen la legalidad fundamental de un Estado y, en razón de ello, poseen un rango o jerarquía superior al resto del derecho.*”⁵⁹ Destaca, del concepto de Garrorena, el hecho de que se refiere a una norma fundamental, misma que Robert Alexy delimita inmediatamente con una respuesta, que *prima facie* parece obvia, es la que deriva de enunciados contenidos en una ley fundamental,⁶⁰ destacando la diferencia entre los enunciados y la norma que éstos contienen, diferenciando el enunciado mismo del resultado de su interpretación, entendido éste último como la norma subyacente, es decir, un argumento sobre un argumento. El segundo aspecto que utilizaré es que Garrorena⁶¹ no condiciona que las normas

⁵⁹ GARRORENA Morales, Ángel, *Op. Cit.*, p. 78.

⁶⁰ *Apud.*, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de estudios políticos y Constitucionales, 2007, pp. 45-62.

⁶¹ *Ídem.*

fundamentales se encuentren en el texto denominado Constitución, lo que lleva a establecer que si bien formalmente debe existir este documento, más aún derivado de un Estado que se pretenda democrático, también será cierto que la relevancia y jerarquía normativa no se encuentra en su pertenencia a un texto específico, sino en la materia de que se ocupa, por tanto podemos señalar que en la Constitución se contiene materia constitucional, pero que ésta no deriva exclusivamente de este documento, sino que aquello que se ocupe, en nuestro caso, de los derechos fundamentales de las personas, y de la parte orgánica del Estado, será materia constitucional.

Este concepto, en la contradicción de tesis 293/2011, la Corte lo delimita en torno a los Derechos Humanos, que es de donde deriva directamente la antinomia que pretende resolver la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y para contextualizar adecuadamente, utilizando los mismos criterios de éste organismo jurisdiccional, tomaré la tesis que detalla el concepto de identidad de los derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales, donde son considerados como una ampliación del catálogo de derechos fundamentales en la Constitución, lo que equivale a ampliar la materia constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos⁶² ya que derivado de ésta tesis, la Corte sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos son parte del ordenamiento interno, por otro lado la misma Corte determina que entre la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos no existe una relación jerárquica, lo que deriva de encontrarse en el mismo plano⁶³ situación que nos lleva a concluir que el Constituyente ubicó a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte al mismo nivel jerárquico que la Constitución.

⁶² Tesis 1a/.J 64/2014 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro XI, octubre de 2014, p. 272.

⁶³ Tesis 1ª. CCCXLI/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro I, octubre de 2014, p. 601.

En virtud de los argumentos mostrados, queda acreditado que la materia constitucional, en materia de derechos humanos, no se entiende limitada al texto constitucional, sino que se extiende a los tratados internacionales sobre derechos humanos y que ambos se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

En torno al primer tópico de la antinomia que es materia de este análisis, pareciera, *prima facie*, que los métodos dan un resultado coherente con el sistema constitucional sin embargo ésta coherencia se rompe con el segundo postulado que genera la antinomia propiamente dicha.

El segundo postulado, ya mencionado anteriormente, señala que en caso de existir restricciones al ejercicio de los derechos humanos, contenidos en la Constitución, deberá privar ésta sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos donde el Estado mexicano sea parte.

La interpretación literal utilizada por la Corte no es suficiente para desentrañar el significado o sentido del enunciado normativo, ya que lo único que hace es reiterar lo que se encuentra escrito, es decir, no existe un trabajo realmente interpretativo.

Lo anterior no implica afirmar que el conjunto de signos escriturales que conforman las palabras que a su vez conlleva a un enunciado normativo constitucional, no tienen significado alguno, ya que, atendiendo a lo señalado por Victoria Iturralde, éstas tendrán el primer valor de lenguaje básico del enunciado, es decir, la primera materia, literal textual, sobre la que habrá de desarrollarse el trabajo interpretativo,⁶⁴ y que su contenido será

⁶⁴ ITURRALDE Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 53-88

siempre claro y convencional,⁶⁵ es decir, sobre reglas o principios de comunicación y lenguaje previamente establecidos entre emisor y receptor. A la luz de éstos conceptos vale la pena analizar literalmente en su significado el primer párrafo del artículo 1º Constitucional, en su parte final, lo que la Suprema Corte no realiza, entonces relega la interpretación literal a la fijación de un texto básico a partir del cual desarrollará otros modelos interpretativos.

Bajo ésta tesitura, el resto de los métodos que utiliza son sólo para aportar justificaciones, una epistemología justificacional para la decisión tomada, que reitera lo establecido en el artículo 1º constitucional, sin añadir significado ni sentido alguno.

Llegar a este punto implica reconocer que la Corte sólo tomó pretextos para una decisión, pero difícilmente implica que haya realizado un trabajo interpretativo acorde a los modelos que señala en cada tesis.

No puede considerarse, en el caso concreto, que exista una interpretación coherente con el sistema constitucional, cuando la Corte sólo se limita a reproducir un texto, sin mayor relevancia que no sea convertir una interpretación de principios en una regla acontextual y atemporal.

En efecto, al señalar el mismo artículo 1º constitucional que el margen interpretativo de las normas sobre derechos humanos será la interpretación pro persona, que conlleva la aplicación de la norma, no del enunciado, que otorguen una mayor protección a la persona, es claro que, tratándose de métodos interpretativos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió analizar bajo los esquemas conocidos la interpretación del carácter de las

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 64-66.

restricciones constitucionales para establecer cuál de ellas resultaba más benéfica para las personas, por tanto la decisión de desechar cualquier método que no hubiere detallado en la ejecutoria significa un intento de justificación y no de interpretación clara.

Es evidente que resultando una tautología la obligación de fundar y motivar una decisión, la Corte tiene la más amplia libertad para llevar a cabo ejercicios hermenéuticos con el fin de dotar de un contenido a los derechos humanos y de un sentido en su aplicación, y consecuentemente la cita de modelos interpretativos no es más que el *cumplimiento formal* a una *obligación formal*, pero que de fondo puede no llevar nada.

De ésta forma es que al dictarse la tesis 1ª./J. 33/2015 (10ª), las razones que se pudieran haber generado carecen de una relevancia jurídica, cuando en realidad lo que hizo la primera sala de la Suprema Corte, fue sostener el criterio con el que se mostraron sus Ministros al discutir la ejecutoria 293/2011, al defender que no podía privilegiarse una restricción al ejercicio de derechos humanos al haberse determinado que no existe relación de jerarquía entre constitución y tratados, que son los que contienen el catálogo ampliado de derechos humanos.

De ésta forma el ejercicio hermenéutico llevado a cabo por la primera sala pareciera encontrar un sentido de solución al problema del Arraigo sin trastocar el contenido de la ejecutoria 293/2011 del Pleno de la misma Corte, pero haciendo nugatorios los efectos de ésta última, motivo por el cual, en apariencia, el resultado es calificado como *razonable* y *admisibile*, lo que dota de legitimidad a su resultado. Entonces dicha interpretación se puede encontrar, y de hecho se encuentra, llena de pretextos, ya que antepone una legislación secundaria, como son el Código Penal Federal y el Código de Procedimientos Penales Federal, por encima de la norma Constitucional, dado que no tendría sentido que el Pleno sostuviera las restricciones constitucionales al ejercicio de derechos humanos, con

fundamento en la Constitución, para que se destruyeran los efectos de dicha restricción a partir de una norma secundaria.

Entonces los modelos interpretativos que cita la Corte son sólo un catálogo de pretextos en casos determinados, los cuales sirven a un objetivo externo, a la intención que antecede al resultado de la interpretación.

En el caso concreto la primera sala sostiene su defensa de que no deben prevalecer las restricciones constitucionales por encima del ejercicio de derechos humanos derivados de instrumentos internacionales, pero ahora da un giro paradigmático, donde prevalece la restricción, pero sin efecto alguno.

Esta incoherencia constitucional tiene su origen en la incompatibilidad entre la intención del intérprete y los modelos interpretativos que cita.

De los métodos que descartó la Corte, el evolucionista es, a mi entender, el más adecuado, dado que permite al intérprete encontrar nuevos sentidos al enunciado interpretado. Este método es sostenido por Riccardo Guastini⁶⁶ al cual confiere dos variantes, el *neo-cognositivismo contemporáneo*, que señala es la más difundida teoría de interpretación, la cual resalta la vaguedad (*open texture*) del lenguaje normativo, mismo que se acentúa al tratar los casos difíciles, y es bajo ésta circunstancia donde destaca la discrecionalidad de los intérpretes que implica un caso de interpretación en concreto,⁶⁷ además de conocimientos técnicos sobre la materia aplicable al caso y los modelos interpretativos. Será necesario matizar la idea de Guastini, en el sentido de que la

⁶⁶ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e Ideología en la interpretación Constitucional*, Op. Cit., p. 40.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 30.

discrecionalidad no implica una permisibilidad para plantear cualquier tipo de decisión, sino que ésta debe encontrarse, necesariamente, soportada por argumentos jurídicos suficientes, entonces la discrecionalidad a que se refiere Guastini implica un trabajo argumentativo estricto. Analizada a la luz de ésta corriente interpretativa, el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se limita por un margen teórico y un momento coyuntural. Destaca como parte de los modelos sistemáticos. En consecuencia, de una interpretación sistemática con el resto del material constitucional, encontramos que toda autoridad puede emitir actos que limiten o restrinjan derechos humanos, bajo un parámetro simple, que el acto sea cierto, claro, fundado y motivado, emitido por autoridad competente, etcétera. Es decir, la restricción de derechos humanos se sujeta al principio de certeza jurídica, de legalidad, ambos contenidos en los artículos 14, 16 y en general a lo largo del texto constitucional. Luego entonces ésta interpretación nos llevaría a que las restricciones constitucionales se construyeran como un principio constitucional y no como una regla, por tanto debiera ser analizado caso por caso y no resueltos todos de forma universal y unilateral.

La segunda variante interpretativa que deriva del método evolucionista, atiende al llamado escepticismo realista⁶⁸ el cual se basa en que no existe enunciado legal que cuente con un sentido objetivo, y que éste pasa por el intérprete, quien lo asigna en torno a la conveniencia, dado que no existe tampoco un filtro para señalar cuándo es correcto o cuando es incorrecto este sentido. Si adscribimos la interpretación de la Corte a ésta corriente no tiene importancia el material previamente existente como necesariamente determinativo, y en todo caso lo importante es el resultado bajo construcciones nuevas, el sentido en que se aplicará el enunciado normativo, pero tendrá vigencia siempre que las condiciones contemporáneas permanezcan, al momento de realizarse un cambio la interpretación escéptica realista tendrá que cambiar. Tiene ciertos rasgos que comparte con la teoría evolucionista, sin embargo la diferencia es que aquella se sujeta a límites, lo

⁶⁸ *Ibidem*, p. 42.

que no ocurre con el escepticismo realista, reiterando que no implica una liberalidad sin sentido, sino la obligatoriedad de construir argumentos jurídicos suficientes, lo que diferencia el activismo judicial de la actividad judicial, situación de fondo que garantiza la coherencia con el sistema constitucional existente.

Aplicando este segundo método interpretativo, es claro que el sentido del enunciado se construye caso por caso, entonces las restricciones constitucionales serán un principio interpretativo y no una regla.

Ambos modelos interpretativos otorgarán una solución distinta a la sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en consecuencia, se generará una coherencia con el sistema constitucional desde el ámbito de validez de la norma, y no de su identidad formal.

Es claro que la resolución de la antinomia constitucional, la diferencia establecida entre la Constitución y el Material Constitucional, implica establecer límites tanto teóricos como reales, pero la resolución tomada por la Corte se utiliza para negar la supremacía normativa del segundo, es decir, del Material Constitucional cuando éste es referido a Derechos Humanos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución.

Por tanto la colisión de principios y valores que son resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y específicamente a la regla de segundo grado que atiende a la mayor protección y que establece directamente el artículo 1º Constitucional en su segundo párrafo al señalar el *Principio Constitucional de interpretación conforme* deviene incongruente con el sistema constitucional mexicano contemporáneo, que se pretende

humanista, con posibles implicaciones en torno al Derecho Internacional, toda vez que la interpretación que realiza resulta incongruente con el principio interpretativo *pro homine*.⁶⁹

La materia de la contradicción en cita pretende resolver una colisión entre dos principios constitucionales, la interpretación *pro homine*, donde se debe aplicar la norma que otorgue mayor protección a la persona, o bien el principio de *supremacía constitucional*, según el cual al existir una restricción de derechos humanos en la Constitución, no se podrán aplicar normas convencionales, ni de ninguna especie, aun cuando otorguen una mayor protección a la persona.

A partir de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, se genera un cambio paradigmático aparente, ya que se pretende modificar el sistema constitucional a partir de una evolución normativa en el artículo 1º constitucional previo a la reforma donde el texto señalaba *...todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta...* y mediante la reforma que he mencionado, el texto cambia a *...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ésta...*, sin embargo ésta apariencia lleva a una misma conclusión, se trata de una interpretación sobre el texto constitucional, para establecer un cambio o bien una polisemia que sólo nos lleve a un periplo normativo.

Lo que es un hecho es que apegados al texto constitucional, todo aquello que se pretenda como materia constitucional en derechos humanos, forzosamente debe encontrarse en enunciados constitucionales, sin embargo ésta afirmación da lugar a dos variables necesarias que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero que no inciden en el resultado ya decidido previamente, la interpretación del texto específico y la

⁶⁹ Tesis XVIII.3o.I K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Libro VII, Abril de 2012, p. 1,838.

interpretación de la conducta que genera el texto específico,⁷⁰ que es lo que identifica la Suprema Corte como interpretación literal y sistemática además de la finalista. Gustavo Zagrebelsky señala que la jurisprudencia, como resultado interpretativo establecía el verdadero significado del contenido de las fórmulas utilizadas por el legislador, y que igualmente la voluntad real del legislador trataba de reconstruirse,⁷¹ situación que es coincidente con el planteamiento de Guastini, por tanto se diferencia la interpretación del texto y la interpretación de la verdadera voluntad del constituyente en este caso.

En el caso que nos ocupa, ambos métodos nos llevan a la misma conclusión que adopta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por tanto no son propiamente una interpretación, sino una repetición del texto normativo e incluso de la *ratio legis* que subyace en las exposiciones de motivos.

Tratándose de los enunciados contenidos en el texto normativo, la interpretación se concreta a dos elementos coexistentes, la interpretación como descubrimiento del significado de las partes que integran los enunciados y la asignación de sentido a todos los enunciados que conforman el texto normativo. De ésta forma, y atendiendo a la polisemia del lenguaje, encontrar el significado implica la no atribución de una respuesta única, sino la admisión de coexistencia de diversas respuestas, que deberán guardar una coherencia con el resto de las agrupaciones de grafías o signos lingüísticos. Así la palabra interpretar, encontrará diversas acepciones, retomando el ejemplo que establece Riccardo Guastini,⁷² en consecuencia se debe descubrir el significado de cada palabra, como agrupación de signos,⁷³ para posteriormente encontrar un sentido, es decir, la interrelación entre los grupos de signos lingüísticos que conforman el o los enunciados normativos. De aquí que la

⁷⁰ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014, pp. 24-77.

⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, *Op. Cit.*, pp. 132-133.

⁷² GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, *Op. Cit.*, pp. 21-22.

⁷³ La denominación que se utiliza es la de “*significantes*”, lo que lleva a encontrar el “*significado*”.

interpretación literal que dice haber realizado la corte no es tal, sino simplemente el establecer el texto base sobre el cual habrá de llegarse a una conclusión interpretativa.

Aun suponiendo que la Corte hubiera realizado una interpretación literal, ésta queda corta y sesgada por resultar incompleta. Para apoyar ésta idea me apegó a la concepción de Victoria Iturralde Sesma⁷⁴ quien resalta la interpretación literal atendiendo a tres niveles del lenguaje, a los cuales denomina concepción lingüística, concepción intencionalista y concepción axiológica. La concepción lingüística refiere al descubrimiento de significados atendiendo a los niveles semántico, sintáctico y funcional del lenguaje; la concepción intencionalista se construye entendiendo al lenguaje como un medio de expresión de la voluntad o la intención del legislador, y; para la concepción axiológica o material resalta que el derecho es un sistema de valores, por tanto el sentido de los enunciados implica el contenido valorativo. De haber llegado la Suprema Corte a éste nivel interpretativo habría encontrado la obligación ética de evaluar cuál de los principios otorgaba una protección consistente a las personas, si el texto normativo constitucional apegado a un *ius positivismo arcaico* o bien la protección que confieren los derechos humanos en toda su extensión.

Siendo la interpretación un acto volitivo del intérprete, en este caso de la Corte, los métodos que se utiliza, son instrumentos para llegar a un fin, de ésta forma, señala Zagrebelsky, dependiendo qué es lo que se busque, se utilizará un método específico.⁷⁵

La interpretación llevada a cabo por la Suprema Corte se realizó en abstracto, es decir, generando una regla general respecto a las restricciones al ejercicio de derechos humanos contenidas en la constitución, cuando pudo haber generado un principio dando lugar a una interpretación en concreto, es decir, caso por caso.

⁷⁴ ITURRALDE Sesma, Victoria, *Op. Cit.*, pp. 28-32 .

⁷⁵ ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, *Op. Cit.*, p. 135.

La interpretación sistemática que realiza la Corte trata sobre los antecedentes normativos, y el finalista refiere la intención del constituyente, en ambos casos llega al mismo resultado, las restricciones al ejercicio de derechos humanos contemplados en la constitución deben prevalecer sobre cualquier tratado internacional sobre derechos humanos, pero no deja de ser sorprendente que no se realice el mismo análisis respecto a la decisión del constituyente a pasar por el contenido de los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, en materia de Derechos Humanos, y esto tiene una razón de ser, hubiera sido insostenible la decisión previamente tomada. Entonces la fundamentación y la motivación habrían resultado irrelevantes para el caso concreto.

Existe el método evolucionista al que no se apegó la Corte y lo desechó sin mayor explicación, desdeñando también las dos variantes que ya he descrito, el neo-cognitismo contemporáneo y el escepticismo realista, que llevarán a contemplar dos opciones diferentes de resolución que serían coherentes con el sistema constitucional.

El primero de ellos es el neo-cognitismo contemporáneo,⁷⁶ que identifica Guastini como la interpretación en concreto, al identificar el contenido fáctico que encuadra en el supuesto normativo, dando por hecho que la norma no es más que conocimiento, por tanto la interpretación da lugar a la actividad judicial estricta y su discrecionalidad, entendiendo ambos como el conocimiento estricto del derecho como conjunto de normas, principios y valores, los cuales deben ser argumentados tratándose de casos difíciles. El segundo método corresponde al escepticismo realista, que parte de un punto sustancial, antes de la interpretación que realizan atendiendo al caso específico (interpretación en concreto), no existe significado ni sentido alguno y éste se construye caso a caso. Realza la importancia del contexto real del caso concreto sin atender a interpretaciones o concepciones previas.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Op. Cit. p. 40.

Este método interpretativo corre el riesgo de caer en el activismo judicial, es decir, la denotación del criterio y ética judiciales, e incluso personales del operador jurisdiccional, por encima de las normas, con una lectura moral de la constitución, por tanto habrá que agregar, igual que al neo-cognitivismo, que se deberá sujetar a la actividad judicial y la argumentación.

La primera objeción a estos métodos interpretativos será que *prima facie* que toda regla constitucional deberá ser leída como un principio sujeto a interpretación, argumentación y ponderación, lo que choca de forma frontal con la naturaleza de las reglas. Sin embargo el razonamiento no lo considero de peso, porque, por lo menos en el caso concreto, efectivamente debiera ser un principio, como demuestro a continuación.

Es claro que la constitución considera la existencia de actos de molestia, regulados en el artículo 16 Constitucional y actos de privación en el artículo 14 de la norma fundamental, sin embargo, en ambos casos, se refiere a principios que debe cumplir la autoridad con el fin de restringir algún derecho humano o fundamental, así encontraremos los principios de seguridad jurídica, certeza jurídica, legalidad, competencia, etcétera. Luego entonces la posibilidad de restricciones de derechos humanos y su ejercicio no se encuentran necesariamente derivados del artículo 1º constitucional, sino que se encuentran a lo largo del material constitucional, y éstos pueden ser llevados a cabo por las autoridades que gocen de competencia, siempre sujetos a los requisitos que establece la constitución.

Entonces la restricción de los derechos humanos se convierte en un asunto de argumentación y ponderación.

Como un mejor ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió tesis de jurisprudencia⁷⁷ en la que estableció que en Amparo Indirecto se pueden analizar las violaciones procesales cometidas en averiguación previa cuando afecten derechos fundamentales, refiriéndose a la orden de aprehensión y al auto de formal prisión o de sujeción a proceso, entendiendo que éstos actos implica una restricción al derecho humano de libertad, bien sea por el internamiento en un centro específico o bien por tener la obligación de presentarse, el procesado, tantas veces como sea requerido por el juez penal. Bajo ésta tesis es evidente que la restricción de la libertad está sujeta a un análisis de principios cuando afecta derechos humanos, entonces, la literalidad constitucional en su artículo 1º se complementa con lo dispuesto en el resto del texto constitucional en cuanto a requisitos, con lo que cobra sentido el texto del artículo primero cuando señala “...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y *bajo las condiciones* que ésta constitución establece”, entonces las condiciones necesariamente son las establecidas en diversos preceptos del mismo cuerpo de la carta magna, como el ejemplo que citamos, principio de certeza jurídica, legalidad, etcétera. Este primer punto deriva de una interpretación conforme ordenada por la constitución, donde la restricción del ejercicio de derechos humanos debe sujetarse a condiciones específicas. En mérito de ésta circunstancia tiene cabida la metodología del *negó-cognitivism* y del *escepticismo realista* planteados por Guastini, que convertirían a la restricción del ejercicio de derechos humanos contenidos en la constitución en un principio y no en una regla como determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

La tesis emitida por la Corte 1ª. CCCXL/2013 (10ª)⁷⁸ establece que el principio de interpretación conforme implica que el juzgador al momento de realizar la aplicación de

⁷⁷ Tesis 1ª./J. 7/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 5, Abril de 2014, p. 780.

⁷⁸ Tesis 1ª. CCCXL/2013 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro I, diciembre de 2013, p. 530.

una norma, deberá preferir aquellas que sean acordes al texto constitucional, incluso prefiriendo éstas últimas sobre aquellas que admitan dos o más interpretaciones.

Este principio interpretativo parece evidente a la luz de lo dispuesto en el artículo 133 Constitucional, donde se establece una escala jerárquica, pero no se debe pasar por alto que éste precepto constitucional hace referencia a la materialidad interna de la norma, haciendo evidente el razonamiento expuesto por Luigi Ferrajoli sobre validez y vigencia⁷⁹ donde hace una referencia directa entre el proceso de generación de la norma, que da lugar a su vigencia y el hecho de que la norma sea coherente con el sistema jurídico, lo que identifica como validez. Bajo este planteamiento es evidente que la restricción al ejercicio de derechos humanos contemplados en el artículo 1º Constitucional deriva en su materialidad interna, en su validez y no en su vigencia.

En el caso concreto, y la diferencia específica entre el artículo 133 y el 1º constitucionales es que la interpretación conforme refiere dos elementos consustanciales, el primero es que se trate de un proceso de interpretación, que ya he conceptualizado como la identificación de un significado o bien la asignación de un sentido y el segundo elemento es que ésta interpretación se ajuste a los límites establecidos en la constitución, que corresponde a las condiciones que señala el artículo 1º de la Carta Magna.

De ésta forma la Suprema Corte mediante la tesis 2ª./J. 176/2010⁸⁰ ha establecido que la interpretación conforme debe tener por objeto generar un texto acorde al sistema constitucional, procurando la conservación de la norma impugnada, es decir, este principio

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y Garantismo*, Op. Cit.

⁸⁰ Tesis 2ª./J. 176/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXXII, Diciembre de 2010, p. 646.

interpretativo hace referencia a dos temas fundamentales, la presunción de constitucionalidad de la norma y el principio de conservación de la norma.

Entonces, bajo una interpretación sistemática, llevada a cabo a partir de los mismos elementos jurisprudenciales emitidos por la Corte, se concluye que la restricción al ejercicio de derechos humanos se sujeta a las condiciones que establece la misma constitución, los cuales son sujetos de análisis ponderativo y argumentación. Entonces, señalar la existencia de restricciones en la constitución al ejercicio de derechos humanos, éstas deben ser entendidas como la carga argumentativa mayor que se impone a la autoridad de forma previa a la limitación o restricción de derechos fundamentales, es decir, se constituye como un principio y no como una regla.

Así también existe el segundo principio interpretativo que se denomina pro persona, o bien interpretación pro homine, la cual señala que en caso de existir dos normas aplicables al caso concreto, el juzgador deberá optar por aquella que otorgue una mayor amplitud de libertades al gobernado o bien la que imponga mayor restricción a la autoridad en protección a las libertades o derechos de las personas.

Este principio interpretativo pro persona o pro homine, también ha sido entendido como la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección al gobernado, entendiendo la protección en dos ámbitos diferentes, el primero que atiende a otorgar un mayor número de derechos al gobernado, se refiere a un aspecto cuantitativo que amplíe el catálogo de derechos a favor de la persona, y la segunda acepción se refiere a aquella norma que amplíe el ámbito material de ejercicio de derechos. Este criterio es sustentado en la tesis XVIII.3º. 1 K (10ª)⁸¹ en la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece

⁸¹ Tesis XVIII.3º. 1 K (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro I, Abril de 2012, p. 1,838.

las condiciones bajo las cuales se debe optar por una protección más amplia a favor de las personas.

Bajo un análisis crítico de este principio interpretativo, de forma integrada a las “*restricciones constitucionales*” que refiere el artículo 1º de la norma fundamental, se puede colegir que no resultan excluyentes, y que en todo caso se impone a la autoridad la obligación de argumentar y ponderar, como de hecho ya se encuentra ordenado a lo largo del texto constitucional.

En efecto, siendo los derechos humanos universales, indivisibles, interdependientes y progresivos,⁸² resulta una obligación el análisis de las restricciones a la luz de la interdependencia de los derechos humanos, entre las cuales se encuentra el debido proceso. De nueva cuenta se rompe el paradigma establecido por la Corte en torno a que se trata de una regla para convertirse en un principio pragmático argumentativo e interpretativo.

La existencia de ambos principios interpretativos tiene una doble función, la primera será necesariamente generar coherencia y congruencia en el sistema constitucional y el segundo es el de procurar la mayor protección de las personas por medio de los derechos humanos.

El principio de coherencia constitucional es necesariamente positivista, fundamental en la teoría de Hans Kelsen⁸³ y posteriormente matizada por un positivista crítico, Luigi

⁸² Art. 1º, párrafo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Estas son las características que enuncia la Constitución al referirse a los Derechos Humanos, sin embargo considero que la Universalidad atiende más a una pretensión de los Derechos Humanos que a una característica intrínseca y diferenciadora de éstos.

⁸³ KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, p. 232.

Ferrajoli al definir, dentro de ésta coherencia, los conceptos de vigencia⁸⁴ y validez diferenciados entre sí.⁸⁵

De ésta forma el principio de interpretación conforme garantiza que las normas, cualesquiera que sean, no salgan del marco constitucional, la cuestión inicial es saber si éste marco constitucional obedece a reglas, valores o principios. En efecto, si se atiende exclusivamente a las reglas contenidas en la constitución y los tratados internacionales, entonces la interpretación conforme ajustará toda norma a las reglas atendiendo a su interpretación literal bajo métodos cognitivos, donde se dará todo el peso a la norma y nada al caso; en cambio si la interpretación conforme se sujeta a principios y valores, entonces la interpretación será sobre métodos neo cognitivos e incluso bajo el escepticismo realista, donde se dará valor al caso y a la norma. Habiendo demostrado que el sistema constitucional no considera a las restricciones al ejercicio de derechos humanos, como una regla sino como un principio, entonces cobra vigencia la aplicación de ambos métodos interpretativos, el neo-cognitismo y el escepticismo realista.

En todo caso, si se trata de interpretación de normas a la luz de las reglas constitucionales, se atenderá a principios positivistas que garantizan su coherencia y congruencia necesarias; si se trata de interpretación de principios y valores, como entidades indeterminadas y vagas, se atenderá a principios iusnaturalistas, que tendrán la particularidad de generar tensión en torno a la coherencia positivista, pero necesariamente se llegará a la coherencia principialista constitucional.

⁸⁴ El concepto de *vigencia* que plasma Ferrajoli y la consecuencia de coherencia a partir del principio de presunción de constitucionalidad realmente merece un análisis profundo, el cual, desafortunadamente, no es materia de este trabajo. Cfr. MANILI, Pablo Luis. *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. México, D.F., Porrúa, 2011.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y Garantismo*, Op. Cit.

A partir de ambos principios resulta evidente que la restricción a que se refiere la contradicción de tesis 293/2011, debe ser entendida como un principio y no como una regla, dejando en las manos del juzgador la aplicación de éstas restricciones sujetas a la argumentación y ponderación que sean necesarios, y no como una regla que no tiene razón de ser.

Con ésta conclusión no se rompen esquemas constitucionales de ninguna forma, sino que se genera certeza a favor del gobernado y se limitan las facultades de las autoridades para restringir el ejercicio de derechos humanos.

Una vez demostrado que la restricción del ejercicio de los derechos humanos corresponde a un principio y no una regla, cobra congruencia el planteamiento que hace la Corte en la ejecutoria de la contradicción de tesis 293/2011, al señalar:

Así, se concluyó que los Jueces nacionales "deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.⁸⁶

La relevancia de este párrafo es que se hace una referencia específica para que se evalúe cuál de las normas de derechos humanos otorga mayor protección a la persona y se procure la protección más amplia, situación que concuerda con el contenido del artículo 1º Constitucional y específicamente al principio interpretativo pro persona, sin violentar la orden de restricción de ejercicio de derechos humanos, siempre y cuando la autoridad se

⁸⁶ Ejecutoria 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro V, Abril de 2014, p. 27.

apegue a las condiciones que la misma constitución establece. Se trata de una interpretación sistemática que da cabida al neo-cognitismo y al escepticismo realista.

Es necesario comprender que el planteamiento del problema deriva de una colisión entre dos textos constitucionales contenidos en los Arts. 1º y 133 de la Carta Magna Mexicana.⁸⁷ A partir de ésta antinomia constitucional es evidente la intervención de la Suprema Corte para interpretar ambos numerales y establecer cuál de ellos debe privar, pero no con un sentido excluyente, sino como la *integración concreta diferenciada*⁸⁸ de normas constitucionales.

En la contradicción de tesis 293/2011, se hace referencia a que la materia constitucional sobre derechos humanos, es decir, el catálogo contemplado en la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, se constituye como el parámetro de control de la regularidad constitucional,⁸⁹ ubicando ambos conceptos al mismo nivel jerárquico atendiendo a los principios de interdependencia e indivisibilidad,⁹⁰ con éstas afirmaciones se pretende señalar que ambos conceptos normativos se encuentran en rango constitucional, lo que es falso, y será la propia Corte la que se encargue de derrumbar el concepto que inicialmente construye, lo que realiza más como un acto volitivo que como un resultado interpretativo, argumentativo y ponderativo. A partir de métodos interpretativos elegidos de forma deliberada, insisto, más para obtener el pretexto

⁸⁷ Ambos refieren una forma diferente de jerarquía normativa, el Art. 133 señala que la Supremacía Normativa corresponde a la Constitución, por tanto los tratados internacionales se identifican como sub-constitucionales; en cambio el Art. 1º conviene que la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Cfr. Tesis I.4o.A.464 A, *Seminario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

⁸⁸ GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit. La referencia deriva de la relación de flexibilidad que debe existir entre principios o normas, donde, dependiendo del caso concreto, una cederá en beneficio de otra, por tanto no es una integración estricta y menos aún una exclusión, sino que dependerá del caso por caso, de la ponderación concreta en términos de Riccardo Guastini.

⁸⁹ Ejecutoria 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro V, Abril de 2014, pp. 24-25.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 21.

más adecuado a la decisión que para demostrarla, arriba a la conclusión transcrita, concluyendo con un frase que resultaría icónica al señalar que para la Corte defender los derechos humanos es defender la constitución,⁹¹ dejando claro que lo primero es defender los derechos humanos y en consecuencia se defenderá la constitución, lo que de suyo no realiza al establecer las restricciones al ejercicio de derechos humanos como una regla y no como un principio, siendo que el primero es incoherente con el texto constitucional, a diferencia del segundo.

Esta última afirmación resulta de gran relevancia interpretativa, al ponderar los derechos humanos por encima de la constitución, lo que, en apariencia, se apega al contenido del artículo 1º Constitucional y sus principios interpretativos conforme y pro persona. En efecto, continúa la Corte su análisis, destaca que al incorporarse al rango constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos no tienen relación de jerarquía con la constitución,⁹² incluso considera que de ambas normas se debe elegir la que mejor proteja a la persona, en acatamiento al principio interpretativo pro persona.⁹³

Sin embargo, en un párrafo por demás escueto, termina la Suprema Corte estableciendo que, derivado de la parte final del párrafo primero del artículo 1º Constitucional, si existen restricciones a derechos humanos en la constitución, deberán prevalecer éstos sobre cualquier tratado. Es de llamar la atención que a lo largo de la ejecutoria dictada, se cita la restricción de derechos humanos en dos ocasiones únicamente,⁹⁴ lo que supone *prima facie* un análisis somero y superficial.

⁹¹ *Ibidem*, p. 28.

⁹² *Ibidem*, p. 30

⁹³ *Ídem*.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 22-31.

Bajo este planteamiento se puede abstraer que el conflicto se presenta entre el principio de supremacía constitucional, basado en que la constitución es una norma superior y que los tratados internacionales se encuentran por debajo de ésta, toda vez que, define la Suprema Corte, si existe una restricción al ejercicio de derechos humanos en la constitución debe privar ésta sobre los tratados. La colisión se presenta de manera frontal con el principio de interpretación pro persona, que implica, según define la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la obligación del juzgador de elegir de entre las normas de derechos humanos, bien sean constitucionales o convencionales, la que mejor proteja a la persona,⁹⁵ además de afirmar que éstas normas no tienen relación de jerarquía por encontrarse al mismo nivel.

Este es un ejemplo paradigmático de lo que representa un conflicto total de derechos fundamentales como lo define Lorenzo Zucca,⁹⁶ más aún cuando del resultado de su interpretación y ponderación, uno de ellos se verá sacrificado sin que sea posible recuperarlo, mismo que podría –debería- evitarse si la Corte llevara a cabo una interpretación integral y no sólo parcial, basada en métodos de justificación, pero no de descubrimiento de significado o asignación de sentido. Un método integral de interpretación, que debiera abarcar todos los conocidos de conformidad a la interpretación pro persona, otorgaría argumentos para su contrastación, entonces en lugar de encontrar una antinomia estaríamos en presencia de un verdadero principio de resolución de conflictos y no una regla arbitraria, positivista que solo se ocupa de reforzar la parte orgánica constitucional en perjuicio del ejercicio de derechos humanos, concepto que resultó con una interpretación muy vaga por parte de la Suprema Corte, procediendo a otorgar un significado y no un sentido, siendo claros que la asignación de un significado no

⁹⁵ Tesis 2ª LXXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XIV, Noviembre de 2012, p. 1,587.

⁹⁶ ZUCCA, Lorenzo, G. Lariguet, D. Martínez Zorrilla, S. Álvarez, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 19-34.

implica una interpretación, que de suyo representa una labor de construcción más compleja.⁹⁷

Pareciera, *prima facie*, que el hecho de que en la constitución se establezcan restricciones al ejercicio de los derechos humanos pudiera ser entendido como una regla que permite el autoritarismo, cuando en realidad debiera ser contemplado como un medio para garantizar el ejercicio claro de los derechos humanos y la carta para el Estado de la plena demostración de la necesidad, oportunidad y resultado de las restricciones que se pretenden imponer, lo que sólo se lograría si se contempla a la tesis derivada de la contradicción de tesis 293/2011 como un principio y no como una regla.

4.2. Interpretación política concreta, propuesta y tensión

Con el fin de ser claros, retomo el punto relativo a la interpretación política concreta, misma que se realiza conforme a una democracia comunitaria, es decir, se construye a partir de conceptos más amplios cognitivos, neo cognitivos, sobre marcos contextuales o coyunturales e incluso sobre conceptos derivados del escepticismo realista, donde el contenido normativo sólo es un pretexto para llegar a una determinación funcional del Derecho, lo que aporta una solución específica a un problema de alcance general específico y determinado, tiene como marco la democracia comunitaria y se fundamenta en principios como términos indeterminados que proporcionan un fundamento para encontrar *ex post* una regla aplicable como directriz. Una de sus características fundamentales es la alusión a términos como *justicia, equidad, moral*, etcétera.

⁹⁷ Ejecutoria 293/2011, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro V, Abril de 2014, p. 30.

En virtud de utilizar argumentos de textura abierta sujetos a criterios axiológicos e incluso utilizando vocablos estigmatizados, que indudablemente son admitidos intrínsecamente como éticos y correctos, es que este tipo de metodología de solución de conflictos donde se ven involucrados derechos humanos parecieran los más adecuados.

No es intención de este análisis el resolver el mismo caso a partir de dos puntos de vista, dado que sería caer en una trampa muy simplista, dado que a lo largo de la revisión de la contradicción de tesis 293/2011 emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha quedado clara la postura en la que considero la resolución como incongruente con el sistema constitucional, por tanto un nuevo análisis parecería un estudio de autocomplacencia que tendiera a ratificar el resultado y confirmar que estoy en lo correcto.

En virtud de no caer en esa tentación, es que ahora realizo el análisis en una tesis diferente emitida igualmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero con un cambio argumentativo innegable.

La tesis es emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y tiene como materia de análisis establecer si en cuerpos normativos donde existen disposiciones discriminatorias es susceptible realizar una interpretación conforme atendiendo a principio de conservación de la norma, o bien si dicha norma debe ser desincorporada del sistema jurídico mexicano.⁹⁸

⁹⁸ Tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 21, t. I, Agosto de 2015, p. 394.

La litis constitucional se establece a partir de que el Código Civil para el Estado de Colima establece dos figuras para una misma conducta,⁹⁹ ya que tratándose de parejas heterosexuales permite el *matrimonio*, en tanto que para las parejas homosexuales establece el *enlace conyugal*.

La primera parte de la resolución, en la ejecutoria de la que deriva la tesis citada, se hace referencia a un elemento sustancial, que es el mensaje que deriva de la norma. Retomando a Ferrajoli, ¿qué conocemos cuando conocemos el derecho?, es evidente que se hace referencia a este tipo de mensajes, lo que conocemos como condición epistémica de la norma.

Si asumimos que la norma tiene como valor superior a la *justicia*, es evidente que su mensaje no puede ser injusto. No es materia de este análisis, pero será suficiente, por ahora, abstraer a la justicia como un valor convencional, es decir, que deriva de un acuerdo social. De ahí que la utilización del término pudiera resultar parcial, utilitario o como un pretexto, dependiendo de la concepción que se tenga sobre el derecho.

Uno de los argumentos que se trabajó fue el hecho de que el quejoso no era afectado en virtud de que no había contraído matrimonio o enlace conyugal, y tampoco se le había negado éste, por tanto, al tratarse de una norma autoaplicativa, sino

⁹⁹ Art. 147. Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida.

"En el Estado existen dos tipos de relaciones conyugales:

"I. *Matrimonio*: Es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y

"II. *Enlace conyugal*: Es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo.

"A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados.

"La ley reglamentará las relaciones conyugales."

heteroaplicativa, la interposición del amparo resultaba en la actualización de una causal de improcedencia, sin embargo el operador jurisdiccional constitucional determinó que:

De los artículos impugnados se desprende que si bien el quejoso no se ubica en ninguna de las categorías contenidas en la parte dispositiva de dichas normas, ya que no ha solicitado adoptar a alguien, ni tampoco contraer matrimonio, es el destinatario de la parte valorativa de dichos preceptos legales y, por ello, se genera una afectación autoaplicativa por razón de discriminación por estigmatización, como se aprecia a continuación:

Es decir, para el aspecto de acceso a la jurisdicción, el operador jurisdiccional amplía el efecto de la norma no sólo a su contenido intrínseco, que se hace constar por medio de enunciados jurídicos específicos, sino que además se ocupó en la parte *valorativa* de el precepto legal, pareciendo recurrir a los *valores subyacentes de la norma* que refiere la teoría del Garantismo de Ferrajoli. En todo caso lo destacable es que no se hace referencia a una ley específica ni a una norma determinada, sino a valores mediante una interpretación *pro Actione* que permite el acceso a la justicia a partir de un metalenguaje a partir de un lenguaje objeto que se ocupa del material descriptivo de la norma.

Pareciera que el discurso adoptado en este caso por la Corte resulta de contenido moral, pasando por el puente de la aceptabilidad hipotética, al que se refiere Carlos S. Nino,¹⁰⁰ es decir, pasar de una moral positiva a una moral crítica. Este puente es el que permite que la Corte realice un análisis *ex officio* en virtud de encontrarse en un marco de aceptabilidad hipotética. ¿Podría alguien sostener un argumento en contra de permitir a una persona defender sus derechos humanos?, parece que la sola idea cae en el extremo de inaceptabilidad, dado que se provocaría una lucha frontal entre un formalismo, como lo

¹⁰⁰ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 48-51.

son los requisitos de acceso a la jurisdicción, y la jurisdicción misma. El resultado es evidente.

Como se puede apreciar, hasta ahora el esfuerzo argumentativo de la Corte se ha limitado a favorecer el acceso a la justicia, lo que de suyo parece hipotéticamente admisible, pero no para en este ángulo:

Para poder establecer si existe una distinción basada en las preferencias sexuales no es suficiente saber quiénes tienen el poder normativo en cuestión, sino también qué les permite hacer a esas personas. En este sentido, aunque la norma conceda el poder normativo para casarse o llevar a cabo un enlace conyugal a cualquier persona con independencia de su preferencia sexual, si ese poder únicamente puede ejercitarse para establecer una relación conyugal con alguien del sexo opuesto en el caso del matrimonio y del mismo sexo en el caso del enlace conyugal, es indudable que la norma impugnada sí comporta en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales.¹⁰¹

Es de notarse que cambia completamente el argumento para justificarse sobre valores que da por supuestos. El análisis no deja de ser superficial al señalar que si al contraer matrimonio entre personas de diferente sexo o bien enlace conyugal entre personas del mismo sexo, implica una diferencia, por tanto se trata de una diferencia a partir de una preferencia sexual. Pero sucede que este es el argumento distintivo, hablar de heterosexuales o bien de homosexuales, tiende a establecer una diferencia por preferencias sexuales, es decir, la Corte no aduce nada novedoso, pero en cambio sí es suficiente para justificar la acción protectora de derechos humanos. El modelo argumentativo tiende a ser flexible y paternalista, ya que incluso señala el agravio con motivo de la utilización de un lenguaje determinado en la ejecutoria que analizo. Es decir, con pleno conocimiento de causa utiliza lenguaje estigmatizado so pretexto de actuar de forma correcta.

¹⁰¹ Ejecutoria relativa a la Tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 21, t. I, Agosto de 2015, p. 11.

Al concluir que existe una violación a los derechos humanos en virtud de haber utilizado, en la norma de análisis, un lenguaje discriminatorio, es claro que el resultado que viene en el análisis resolutorio concederá como inconstitucional a la norma.

A pesar de ello, la Corte continúa con un análisis de un test de igualdad normativa, que no es sino la confirmación de todo aquello que planteó en dos párrafos, es decir, existe una utilización normativa de categorías sospechosas que no tiene justificación, por tanto concede declarar a la norma como inconstitucional.

Lo que es de llamar la atención es que en ambos casos que han sido materia de análisis, se encuentra que se trata de una interpretación concreta, en los términos que refiere Riccardo Guastini,¹⁰² se trata de análisis de casos concretos, con lo cual se reitera lo dicho, se genera una solución contextual para ser aplicada de forma atemporal y acontextual, sólo que en el primer caso se pueden identificar argumentos de autoridad, con toda la tautología que le precede, en tanto que en este segundo caso identificamos argumentos más laxos, pero igualmente tautológicos.

Se daría entonces el caso de encontrar una interpretación argumentativa tendiente al *intencionalismo*, es decir, tratar de descubrir o bien resaltar la intención que tuvo el creador de la norma en su elaboración.¹⁰³ Esta circunstancia dejaría claro que al expresar los motivos que tuvo el constructor de la norma, no fue lo suficientemente transparente, resulta ambiguo o indeterminado, y en último de los casos, no contempla una correcta estructura lingüística, lo que sería aún más grave.

¹⁰² GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 35.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 371.

Parece que la Corte se mueve en planos de comodidad, en sistemas cognitivos sistemáticos, con la apariencia de una lucha entre la *estática contra la dinámica*,¹⁰⁴ lo que plantea una discusión sobre si el derecho es el mismo o solo cambia la materia que regula, de la cual ya me he ocupado para señalar que el derecho goza de una propiedad de mutabilidad en mérito de la materia que regula.

La ventaja clara de reconocer ésta condición del derecho es que no sería necesario estarse abocando en todo momento a encontrar la forma de justificar una decisión en virtud de lo que ya se ha dicho y permitiría una verdadera evolución de la norma.

El hecho de que la Corte se apegue a planos cognitivos, con interpretaciones sistemáticas, funcionales, sólo está condenando a futuras generaciones a vivir sobre paradigmas atemporales y acontextuales, como la jurisprudencia que genera.

El modelo argumentativo que utiliza la Corte en la segunda de las tesis que analizo, parece caer en una corriente *emotivista*, en los términos que plantea Robert Alexy¹⁰⁵ que, citando a Stevenson, señala que la utilización de argumentos morales se realiza con el fin de *influir en alguien*, consideración que toma valor a la luz de la aceptabilidad hipotética que ya hemos planteado, por tanto este argumento toma lo jurídico únicamente como pretexto, pero no como fundamento.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 373.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013, p. 57.

Entonces vale la pena preguntar, ¿estos modelos argumentativos permiten generar estabilidad en el sistema de soluciones jurisdiccionales? Considero que no, por el contrario lo que proponen es un sistema inestable y carente de toda certeza jurídica y procesal.

Los dos modelos argumentativos y de interpretación que he analizado, llevan a dos resultados radicalmente opuestos, de forma tal que si los utilizáramos de forma cruzada, llegaríamos a una conclusión contraria en cada caso, en el primero se declararía que la restricción de derechos contemplada en la constitución sería contraria a los principios y valores dispuestos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto se habría determinado la existencia de una antinomia constitucional que se resolvería a favor de la dogmática constitucional.

La misma consecuencia se habría dado en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, dado que al aplicar los argumentos normativistas y de autoridad con que se resolvió la contradicción de tesis 293/2011, seguramente se habría desechado la impugnación constitucional en virtud de la inexistencia de interés jurídico, y más aún, se habría determinado específicamente a qué se refiere el interés jurídico, el interés legítimo y el interés simple para dejar clara la causa de sobreseimiento del Amparo, en el mejor de los casos, si no es que la causa de desechamiento de la demanda.

Entonces, en este momento habría que preguntarse, ¿existe un modelo argumentativo e interpretativo que permita dar estabilidad al sistema jurisdiccional?

En consideración del que escribe, habría que hacer una diferencia en cuanto a la estabilidad en el sistema de decisiones en el derecho, a partir de los operadores jurisdiccionales, y ésta tiene que ver con la estabilidad en el método de análisis de casos diferenciado en la estabilidad en la decisión.

Retomamos la pregunta toral planteada por Luigi Ferrajoli, ¿qué conocemos cuando conocemos el derecho?, porque entonces habría que cuestionar si la condición epistémica de la solución de conflictos se encuentra en el procedimiento de argumentación e interpretación o simplemente en la solución correspondiente.

Es indiscutible que la solución a la cuestión planteada depende necesariamente de la concepción del derecho que tenga quien pretenda responderla, así para un positivista, lo importante es la solución que se apegue a la norma existente, en tanto que para un iusnaturalista lo importante será la argumentación y la implementación de los valores y principios subyacentes a las normas para llegar a una solución; pero cabría preguntarse, ampliando el margen de discusión, ¿la naturaleza argumentativa del derecho permea en la forma de solución?, dado que si estamos de acuerdo en cuanto a que el derecho es discurso y argumentación como modo de existencia, entonces podríamos dejar fuera la existencia de sistemas rígidos para llegar a que sólo será derecho, y consecuentemente, justicia, aquello que resulte convenido por las partes interesadas de manera abstracta.

Tomaríamos como estatuto una de las primeras afirmaciones de que partimos, si el operador jurisdiccional es fruto de la democracia, entonces, lo menos que podemos esperar de él, es que respete las decisiones democráticas. Pero este punto convertiría a los operadores jurisdiccionales en la boca de la ley, tema que se encuentra ampliamente superado en la historia del derecho.

La discusión es grande y amplia. Planteo mi propuesta.

4.3. *Escepticismo realista*

Por el término de *escepticismo realista* entiendo la interpretación del derecho que, si bien se basa en la existencia de conceptos anteriores, se adapta específicamente a cada caso controvertido generando una regla de solución temporal y contextual, que si bien surte para casos futuros sólo es como una directriz y no como un mandato ineludible.

Como planteamiento inicial me apegó a los lineamientos marcados, inicialmente, por Wróblewski¹⁰⁶ al señalar que existe en el proceso de interpretación un momento donde se combinan pasos que pueden sujetarse a un control lógico, el uso de argumentos retóricos y la apelación a valores político-morales, pero difiero respecto del uso lógico, que él denomina como *justificación interna*, donde señala que el razonamiento parte de premisas de uso silogístico, lo cual he demostrado que resulta poco idóneo para el derecho, considerando que sólo se trata de cuestiones probables y no otorgan certeza alguna, suponiendo que el concepto fuera de una regularidad de hipotética admisibilidad y no sólo la manifestación de un enunciado de poder.

Debo resaltar el lenguaje que utiliza Jordi Ferrer al referirse a este modo de razonamiento como *...según la cual la decisión judicial debe tener como justificación una norma, una descripción del supuesto hecho y nada más...*,¹⁰⁷ es decir, se refiere al hecho como *supuesto* en virtud de que este no tiene una existencia absoluta y ontológica, sino que en todo momento su naturaleza depende de que sea probable, lo cual incide en otros aspectos tanto de percepción, inteligibilidad, expresión de quien lo percibe de forma, digamos, directa y cómo es que lo admite el operador jurisdiccional, por tanto el hecho como elemento de juicio, pasa por diversos filtros antes de llegar a un proceso de interpretación auténtica. De ahí lo insostenible de la tesis de Wróblewski.

¹⁰⁶ FERRER Beltrán, Jordi, Ratti B., Giovanni, *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 61-67

¹⁰⁷ *Ídem*.

Lo cierto es que todo el peso del pasado, de la tradición jurídica, no puede pasar desapercibido, pero no como una orden ineludible, sino como una directiva interpretativa y hasta argumentativa si se quiere, pero con la necesidad inmediata de solucionar una controversia presente, lo que implica un análisis de cada caso, con sus propias circunstancias y accidentes con el fin de procurar una solución que sea única, temporal y contextual.

Resulta prudente realizar una distinción entre las formas de resolver, unas apegadas al *rule decision making*, que es una referencia directa a lo que se ha dicho anteriormente, al peso del pasado y la confirmación de que la tradición jurídica llevada hasta ése momento conformada por los precedentes, ha sido la correcta, tanto que aún sirve para la solución de casos presentes. Este sistema resulta autorreferencial y autocomplaciente.

Autorreferencial en virtud de que las soluciones presentes se fundamentan en lo dicho anteriormente como si se tratara de un dogma jurídico. Autocomplaciente, porque se encarga de demostrar, con argumentos tautológicos, que lo dicho anteriormente es correcto y que incluso trasciende al tiempo y a las circunstancias por lo que otorga un sistema de decisión judicial estable.

El sistema, que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adolece de una tautología interna específica, dado que, siendo la Corte el último escalón en las instancias de revisión, no existe, en el orden interno, un organismo que pueda revisar sus actuaciones, de modo que los argumentos que vierte pueden tener dos efectos, uno como confirmación orgánica, en el sentido de que las autoridades gozan de toda protección, como en el caso de la restricción de derechos humanos consagrados en la constitución y que fuera resuelto mediante la contradicción de tesis 293/2011, en el cual lo que menos importa es la admisibilidad de la argumentación, sólo se utiliza como una forma de señalar que la decisión

de autoridad es correcta, a grado tal que es la misma Corte la encargada no sólo de determinar cuáles son los elementos del Parámetro de Regularidad Constitucional, sino que además se encarga de determinar que la Constitución se encuentra por encima de los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por México, cuando existen restricciones en la misma Constitución. Pero entonces debemos preguntarnos, ¿existe algún ordenamiento, de cualquier grado, que permita a la Corte decisiones que sólo corresponden al Constituyente Permanente?, la respuesta es evidente, no. De existir ésta norma, cualquiera que fuera, estaría dictada en total oposición y violencia a lo determinado en los Arts. 1º y 133 Constitucionales, que son los que determinan los sistemas de supremacía constitucional, el primero tratándose de derechos humanos y el segundo en el orden normativo excluido del primero.

Entonces, ¿qué es lo que permite que la Corte tome las atribuciones de gran calado constitucional, que, por lo menos teóricamente, corresponden al Constituyente Permanente?, en mi consideración dos elementos. El primero que atiende a dar peso al pasado, donde se pretendió romper con el *Estado de Derecho*, con el fin de que no se aplicara toda norma de forma indiscriminada y con el advenimiento del *Estado de Derecho Constitucional* se apliquen ámbitos normativos de carácter axiológico, ético y filosófico, los cuales corresponden a un alto nivel interpretativo, que se deposita en el máximo organismo ético y moral que puede existir en el sistema jurídico, en el Tribunal Constitucional, que en México corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El segundo elemento es indiscutiblemente el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra en el último escalón de la hermenéutica auténtica, en consecuencia no existe elemento normativo que permita una revisión sobre sus actos, reitero, en sede interna.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Espero exista la oportunidad de analizar el ámbito de justicia internacional, donde México ha ganado, por medio de su Corte, una gran cantidad de reconocimientos que desafortunadamente sólo quedan en papel, ya que internamente han resultado en una gran contradicción e incluso enfrentamientos internos de los Ministros con el fin de hacer de su opinión la preponderante. En estos sistemas jurisdiccionales internacionales la imagen de México no es precisamente la más adecuada. Pero será en otra oportunidad.

La segunda forma de resolver se apega al *case decision making*, que se trata de un modelo que asegura la supervivencia de la tradición jurídica del Estado y un parámetro de justicia¹⁰⁹ en el caso concreto.

Si bien este sistema tiene como punto de partida toda la tradición jurídica previa, el mayor peso en la decisión parte del caso específico, propio de la tradición analítica sajona.

Es evidente que para cualquiera que se presente con una postura ante un operador jurisdiccional, será preferente construir un caso en sus manos y no sobre la espalda de alguien del pasado. Desde luego, y como lo he manifestado, partiendo de los intereses personales y procesales, ya que si existiera una norma que a rajatabla tuviera una aplicación en beneficio de uno de los interesados, en ése momento adquiriría el mayor bagaje positivista de la historia para exigir que se aplique la regla tal como fue dictada por el legislador, pero esto no sería una solución adecuada.

En este modelo es evidente que se resalta también la posibilidad de discrecionalidad del operador jurisdiccional, lo que Aristóteles llama *razón práctica*, y define como *prudentia*, es decir, lograr que las cosas funcionen.

Considero ampliamente superada la discusión sobre si el derecho otorga una solución única, es decir unívoca e inequívoca a cada conflicto, o bien si existe la inconmensurabilidad como condición inherente, es decir, la posibilidad de dos o más soluciones, de ésta forma la parte que obtuvo lo que pidió percibirá un halo de justicia, en

¹⁰⁹ Igualmente me resulta lamentable no abordar en este tema el aspecto de *justicia*, por lo tanto sólo lo refiero como un parámetro, que si bien puede resultar asequible o no para el lector, nos deja la idea clara de que es una intención del modelo que comento.

tanto que la que no lo obtuvo notará una nota inmediata de injusticia, dado que cada uno considera tener una razón, que es apoyada por el derecho. Resalto el punto, una razón como partida y uno un derecho.

En efecto, como hemos demostrado, el derecho existe desde que existe una *obligatio*, y el papel del derecho, en concepto de Hart, será la adscripción de facultades y de obligaciones, pero no debemos pasar por alto que este aspecto, mientras existe en la norma no es más que un enunciado descriptivo o prescriptivo, pero no será derecho.

Entiendo que el derecho existe a partir de que es argumentado, es decir, a partir de que se confronta un hecho específico con una norma concreta, se interpreta, se buscan lazos de interrelación y consecuencia y se construyen razones a partir de los intereses personales y procesales.

Pero falta por cerrar el círculo, es decir, si el derecho tiene como naturaleza ser discursivo y por tanto existe a partir de su argumentación, entonces habría que cuestionar, ¿las partes construyen estructuras argumentativas a partir de la norma o bien a partir del caso específico?

Conceder que las partes construyen argumentos a partir de la norma es asumir que tienen la plena capacidad de apreciar el sentido ontológico de ésta, privándola de cualquier elemento axiológico, lo que de suyo supone una tarea titánica, que incluso los más avezados en la construcción de análisis jurídicos no tienen.

Por otro lado, conceder que los argumentos los construyen las partes a partir de sus intereses personales y procesales, implica reconocer una dimensión axiológica sobre el concepto de derecho y el utilitarismo de la justicia.

Esta última parte es la que Robert Alexy denomina como *argumento de corrección*, y que permite una relación directa entre derecho y moral.¹¹⁰ En este sentido entiendo el concepto de *moral* como los aspectos internos que llevan a las partes a considerar su postura como la correcta, la adecuada, y que nada tienen que ver con el derecho, sino con valoraciones internas, encontrando en el derecho el sustento a su propósito. Desde luego el formalismo jurídico tendrá validez en tanto se apegue a los intereses de quien lo argumenta, de otra forma el tratamiento interpretativo será de un absoluto liberalismo e incluso de un emotivismo, como el utilizado por la Corte en la tesis 1a. / J. 47/2015 (10a.) a la que ya nos hemos referido.

En consecuencia la trampa del positivismo, según la cual *...la teoría [positivista] según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley...*¹¹¹ tendría un tratamiento utilitarista, como consecuencia será poco eficiente para resolver una controversia, pero es indiscutible que una de las partes la defenderá a ultranza.

Como consecuencia, aun cuando las partes argumenten con fundamento en normas, pretendiendo su aplicación en virtud de considerar una ventaja al respecto, es evidente que su planteamiento, al resultar utilitarista, será en torno al caso.

¹¹⁰ ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 62 a 69.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo*, México, D.F., Fontamara, 2012, p. 16.

Quien plantea con toda claridad este punto es el Dr. Gerardo Ribeiro, quien señala que *...la idea de saber es un espacio del enunciado normativo que se construye desde los intereses y deseos procesales del intérprete como límites...*, donde asume, que el saber se construye desde la interpretación y que ésta es parcializada.¹¹²

Entonces el derecho cobra su naturaleza discursiva. Las partes realizan argumentos ante el operador jurisdiccional. Lo último que puede interesar a las partes es que alguien les diga que el derecho les avala en sus pretensiones, lo único que desean es escuchar que les conceden sus peticiones, de ahí la naturaleza, ahora, de la argumentación.

La argumentación se eleva a una nueva dimensión, donde se trata de un discurso como conjunto ordenado de signos que habla sobre un enunciado jurídico que es otro conjunto ordenado de signos, es decir, al contener interpretación la argumentación se constituye como un metalenguaje que habla sobre el enunciado jurídico. La finalidad de toda argumentación será el persuadir, disuadir o seducir, de donde se desprende que no necesariamente será el peso del derecho el que determine la finalidad de la argumentación.

Ribeiro sostiene como fines de la argumentación la persuasión, la disuasión y la seducción, siendo que el primero es influir para hacer, el segundo para no hacer y el tercero para hacer aun cuando no se tenía la intención. Este último punto es claramente discutible porque no implica realizar algo contra la voluntad, sino que es algo que se quería hacer, sólo se esperaba la motivación adecuada, de forma que quien es seducido realmente quería hacer las cosas, pero culpar a otro.¹¹³ Quien es seducido quiere ser seducido.

¹¹² RIBEIRO Toral, Gerardo, *Op. Cit.* p. 283.

¹¹³ *Ibidem*, p. 208.

Llegamos a una reducción teórica interesante, si las partes construyen sus argumentos a partir del caso y no de la norma, ¿no debería la Corte resolver en torno al caso y no a la norma?, ¿no debería aplicarse el *case decision making* para ser congruentes con el planteamiento?

Llegaremos al empleo de un sistema analítico, similar al sistema sajón, pero basados en toda la tradición jurídica existente.

La propuesta es llegar a un *no-cognitivismo ético*, en la dimensión que es propuesta citada por Jordi Ferrer Beltrán,¹¹⁴ que atribuye a Flavio Baronchelli, publicada en *Lettera aperta ad un maestro della grunfphilosophie*, en la cual expone que la acción moral depende, en última instancia, de emociones (sentimientos, actitudes) y no del conocimiento de pretendidos valores y normas objetivos, circunstancia que acredita que efectivamente las partes argumentan a partir de sus intereses y no de normas o valores que son supuestamente aprendidos. Este es uno de los problemas fundamentales de todo sistema jurídico basado en principios y valores, que el mismo considera, de forma autocomplaciente, que conoce toda persona regulada, sean partes o bien operadores jurisdiccionales, lo cual no sólo es una falacia, sino una pretensión sobredimensionada.

Cada una de éstas aseveraciones nos lleva a la conclusión de que el planteamiento se realiza a partir de los intereses de las partes, tanto personales como procesales, y si bien el argumento de la autoridad se refiere al derecho, acentuado por el principio de legalidad, es incuestionable que al final se está resolviendo una controversia donde se encuentran inmiscuidos sentimientos y actitudes, lo que conlleva a planteamientos sobre ésta naturaleza y se busca al derecho como fundamento, pero no como causa.

¹¹⁴ FERRER, Jordi, *Op. Cit.*, p. 148.

Una de las soluciones no se plantean desde el interior del derecho, sino desde el operador, para lo cual es indispensable que atienda al caso y no a la regla, es decir, que genere soluciones contextuales y temporales sin ánimos de generar reglas obligatorias posteriores, que dicho sea de paso, resultan incoherentes al ser anacrónicas, intemporales y acontextuales.

Adquirido este conocimiento y la trascendencia del caso por encima de la regla, el siguiente paso es la aplicación de una epistemología de ruptura.

Como he demostrado, la lógica aristotélica, basada en el silogismo en el derecho, resulta inaplicable, igualmente si se refiere a reglas positivistas o bien con la aplicación de principios, ya que sus resultados serán igualmente probables, pero nunca ciertos, lo que rompe con el principio de certeza jurídica. Bajo ésta tesis la lógica se configura no sólo como inaplicable, sino como un obstáculo para la solución de conflictos, y en un análisis más profundo se transforma como un *obstáculo epistemológico*,¹¹⁵ que conflictúa el conocimiento.

Para la correcta solución de un conflicto es necesario conocerlo, sobre todo apegándonos a la teoría del *case decision making*, deviene trascendente la condición epistemológica tanto del caso concreto como del operador jurisdiccional, y en este sentido la enseñanza de aplicación de la norma bajo parámetros lógico-metodológicos basados en el silogismo, impiden ambas condiciones.

¹¹⁵ MARTÍNEZ Escárcega, Rigoberto, *La epistemología rupturista. Reflexiones sobre un psicoanálisis del objeto*, Chihuahua, Méx., Plaza y Valdés Editores, 2011, p. 10.

En este sentido el complemento de adquirir una metodología derivada del escepticismo realista, apegado a la primera parte del planteamiento de Wróblewski, al que adiciono el concepto del *desplazamiento epistemológico*,¹¹⁶ mismo que entiendo como la obtención de conocimiento del caso a partir del caso y las personas que lo presentan como partes materiales y no a partir de la regla preestablecida. Este proceso generará soluciones exclusivas para cada caso, acorde al sistema analítico sajón, y sin la pretensión de dar soluciones a futuro, sino líneas indicativas que no necesariamente resulten obligatorias ni vinculantes *ex ante*, en todo caso este esquema de soluciones sólo se conocerían *ex post*, dando la importancia que tiene el caso y no sólo el pasado de la tradición jurídica.

Dentro de la tradición realista, la escuela del realismo escandinavo considera que lo único de lo que debiera ocuparse el derecho es de los aspectos psicológicos, dado que los valores y los principios no pertenecen a un mundo físico, sino psíquico. Es cierto, por ello son materia necesaria de construcción por medio de la interpretación y la relación con hechos controvertidos, es decir, por medio de argumentación específica.

Esta propuesta no implica un abandono de la racionalidad en ánimo de un emotivismo, sino que se amplíe el concepto para dar prioridad al caso, a los sentimientos y conductas humanas, siempre acompañadas de un racionalismo crítico.

El concepto de *ruptura epistemológica*, es expuesto magistralmente por Lacan¹¹⁷ cuando refiere que el conocimiento se adquiere por medio de las personas y no por uno mismo. Realiza una diferencia epistemológica entre el ver y el observar. Efectivamente, sostiene en su cátedra el Dr. Ribeiro que todos ocultamos, y tiene razón, el punto es que ése ocultamiento también se realiza en las conductas procesales, y en la configuración

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ LACAN, Jaques, *Escritos*, México, Siglo XXI, p. 73.

argumentativa, de ahí que haya una diferencia tajante entre lo oculto y lo invisible. Oculto es lo que no se muestra, en tanto que invisible es lo que no se ve consecuencia del límite epistemológico del observador, que es el operador jurisdiccional.

Pero para dejar el empirismo de ver, es necesario realizar el desplazamiento epistemológico.

En este concepto es diferenciable la observación, que maneja Rigoberto Martínez,¹¹⁸ y que se encuentra atada al dato empírico, que maneja el operador jurisdiccional como un hecho investigado incuestionable. Me refiero específicamente a la norma. Y este es el punto de partida del análisis contemporáneo.

La propuesta que realizo tiene que ver con un cuestionamiento directo sobre el dato que el operador considera incuestionable, que es la norma, para contrastarlo con los datos obtenidos de los sentimientos y conductas de las partes.

Este desplazamiento epistemológico deriva de reconocer que no se adquirirán mayores conocimientos a partir de los planteamientos de las partes, por tanto la condición cognitiva se debe cambiar a las partes mismas.¹¹⁹

¹¹⁸ MARTÍNEZ Escárcega, Rigoberto, *Op. Cit.*, p. 52.

¹¹⁹ El ejemplo más claro es el Juicio de Salomón, de dominio público, donde dos mujeres presentaron a una niña diciendo que era su hija, cuando Salomón no pudo obtener mayores datos para resolver el caso, lo que hizo fue realizar un planteamiento que implicaba un daño a la menor, cortarla por la mitad, y fue la madre la única que se retiró de la contienda para no lastimar a la niña. El conocimiento no lo adquiere Salomón a partir de metodologías específicas, sino de desplazar su condición epistemológica a las que dijeron ser las madres, y la respuesta de éstas le permitió conocer quién era la verdadera madre.

El derecho evoluciona a la velocidad de las partes, de la sociedad. Este enunciado retoma parte de las premisas del Realismo Americano, por tanto la solución de conflictos no puede generarse sólo a partir de una norma, que regularmente va detrás del desarrollo de la sociedad, sino del caso mismo y en particular de las personas.

A partir de este punto, concretizo, la propuesta deriva de tomar como punto de partida en la interpretación, sobre todo de calado constitucional, el escepticismo realista, para generar soluciones temporales y contextuales que no tengan la pretensión de ser una solución para casos futuros, pero que si se constituyan como lineamientos proposicionales. Para lograr esto es necesario apartar al operador jurisdiccional de la lógica aristotélica y específicamente del silogismo como método de solución de conflictos y substituir la condición epistémica por medio del desplazamiento epistemológico, que se logra a partir de conocer a las partes como sentimientos y conductas humanas.

La mejor certeza jurídica que se puede dar a las partes es que serán escuchadas y serán tomados en cuenta tanto sus sentimientos como sus conductas de conformidad a las normas preexistentes, pero generando una solución particular al caso, atendiendo a la razón y la razonabilidad del operador jurisdiccional.

Conclusiones

Es evidente que los modelos interpretativos que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación redundan en sendas contradicciones conceptuales, como se ha demostrado a partir de las diferencias argumentativas utilizadas al resolver la contradicción de tesis 293/2011 y la utilizada al emitir la tesis de jurisprudencia 1a. / J. 47/2015 (10a.), donde la construcción de la solución se lleva bajo el sistema *rule decision making*, y no a partir del caso, donde se da un mayor peso al pasado que al presente, generando soluciones temporales y contextuales que se pretenden de aplicación atemporal y acontextual, que no es sino un signo de autorreferencia y autocomplacencia que tiene la misma Corte.

El planteamiento es que resulta insostenible ya este sistema, que sólo genera diferencias y falta de reconocimiento por parte de los destinatarios de la norma, de ahí que la Corte esté pasando actualmente por una crisis de legitimidad y sus decisiones, así como su configuración, se encuentren ampliamente debatidos.

La propuesta específica es adquirir un modelo de metodología interpretativa basada en el escepticismo realista, sin conceder totalmente a la norma el peso completo en la solución de un conflicto y reconociendo que se trata con personas, con sentimientos y actitudes, lo que redundará en una razonabilidad completa, partiendo de la utilidad de la norma, de los valores y principios políticos y, sobre todo, de las circunstancias del caso atendiendo al factor humano.

Para lograr este objetivo es necesario adquirir una epistemología de ruptura, que permita modificar los paradigmas interpretativos y de resolución de conflictos para llegar a un desplazamiento epistemológico, donde se adquiriera conocimiento del caso a partir de las

personas que participan, por medio del conocimiento de sus sentimientos y conductas, lo que permitirá obtener un panorama claro sobre lo oculto y lo invisible en cada contexto litigioso.

Es indispensable realizar un replanteamiento de la condición epistémica de la norma, con el fin de repensar el concepto de Certeza Jurídica, mismo que operará a partir de la concepción que tenga cada uno sobre el sistema jurídico, pero que en todo caso deje de tener como preponderante a la ley, y tome principios y valores para llegar a un constructivismo ético, de donde cobra vital relevancia la ruptura epistemológica y el desplazamiento epistemológico como medio para obtener conocimiento del caso.

Después de todo no se trata de tomar una postura positivista o iusnaturalista, sino de resolver un caso concreto, donde el receptor de la norma adquiera un sentido epistémico de su aplicación y no lo vea como un simple ejercicio de poder.

El tomar, en este caso, posiciones ideológicas respecto de la concepción del derecho, sólo nos lleva a confirmar lo que ya dijo Norberto Bobbio¹²⁰ *...después del duelo a muerte, están más vivos que nunca...*

¹²⁰ BOBBIO, Norberto, *Op. Cit.*, p. 74.

Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.
- AVILA, Humberto. *Teoría de los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BECCHI, Paolo. *El principio de la dignidad humana*, México, D.F., Fontamara, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*, México, D.F., Fontamara, 2012.
- COURTIS, Christian. *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Derechos, libertades y jueces*, México, D.F., Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. «La teoría del derecho en el paradigma constitucional.» *Garantismo y derecho*, Madrid, Fontamara, 2006. 216.
- FERRER Beltrán, Jordi, Ratti B., Giovanni. *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- GARRORENA Morales, Angel. *Derecho constitucional. Teoría de la constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2013.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
- . *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mínima Trotta, 2008.
- ITURRALDE Sesma, Victoria. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
- LACAN, Jaques. *Escritos*, México, Siglo XXI, 2005.
- LUQUE, Pau. *De la Constitución a la moral*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- MARTÍNEZ Escárcega, Rigoberto. *La epistemología rupturista. Reflexiones sobre un psicoanálisis del objeto*, Chihuahua, Méx., Plaza y Valdés Editores, 2011.
- RIBEIRO Toral, Gerardo. *Verdad y argumentación jurídica*, Guanajuato, Méx., Porrúa, 2015.

TAMAYO y Salmorán, Rolando. *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

— . *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

— . *Principios y votos. El tribunal constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2005.

ZUCCA, Lorenzo, G. Lariguet, D. Martínez Zorrilla, S. Álvarez. *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Malcial Pons, 2011.