

ENSAYO GANADOR DEL V PREMIO ENRIQUE RUANO CASANOVA

EL PARADIGMA DISCURSIVO Y EL NUEVO PROCEDIMIENTO DIALÓGICO PARA LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL AMPARO MEXICANO *

Roberto NIEMBRO ORTEGA

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y AL JUICIO DE AMPARO MEXICANO.—II. POR UN PARADIGMA DISCURSIVO PARA EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO.—1. La concepción del ser humano.—2. Desacuerdos y circunstancias de la política.—3. Beneficios de la deliberación.—4. Noción de los derechos fundamentales.—5. El diseño institucional.—6. Participación y sociedad civil.—III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PARADIGMA DISCURSIVO DE ROBERT ALEXEY.—1. El desacuerdo no es un argumento para dejar la decisión en manos del legislador.—2. Es absurdo pensar que el legislador se puede autocontrolar, pues sería juez en su propia causa.—3. La necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa.—IV. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL AMPARO MEXICANO.—1. Antecedentes.—2. La batalla por superar la «fórmula Otero».—3. Proyecto de nueva ley de amparo.—4. Reforma constitucional de 2011 y nueva Ley de Amparo de 2013.—5. Una perspectiva dialógica del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.—6. La posibilidad de respuesta del legislador ordinario a las declaratorias generales de inconstitucionalidad.—V. CONCLUSIONES.

* Agradezco al Dr. Ignacio Torres Muro los comentarios y críticas que hizo a este artículo. Este trabajo fue presentado para su dictamen el 30 de abril de 2013.

1. INTRODUCCIÓN. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y AL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

Las reformas en materia de derechos humanos¹ y al juicio de amparo² han configurado en México, según algunos constitucionalistas, un nuevo paradigma para el constitucionalismo mexicano³. Para algunos, este paradigma tiene como características la ampliación de los derechos individuales y el perfeccionamiento de los instrumentos para su defensa⁴, en particular, del juicio de amparo. Para otros, estamos ante un nuevo paradigma «porque, por un lado, introducen el concepto de derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano las disposiciones en materia de derechos de origen internacional»⁵.

Así, por ejemplo, con la reforma en materia de derechos humanos se amplió el catálogo de derechos que gozamos las personas que habitamos en México, pues, además de los previstos en la Constitución, se incluyeron los establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte⁶ (art. 1, párr. 1). Además, se añadió que los derechos

¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

³ La idea de paradigma también fue utilizada en algunas de las iniciativas de reforma sobre derechos humanos, así como en el procedimiento legislativo correspondiente.

⁴ Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, «Un nuevo paradigma constitucional», *Periódico Reforma*, sección enfoque, 19 de junio de 2011, pp. 1.

⁵ Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, «Presentación», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011, p. IX. Más adelante, en la misma obra, los autores insisten en que la sintonía que se establece de los derechos con el Derecho internacional de los derechos humanos es el aspecto que impone y supone la adopción de un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano. En el mismo sentido véase Luis Daniel VÁZQUEZ y Sandra SERRANO, «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 135.

⁶ En mi opinión, incluso antes de la reforma, los que habitamos en territorio mexicano ya éramos titulares y nos servían de parámetro de control los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales en virtud del art. 133 de la Constitución, que establece que los tratados internacionales celebrados conforme a la Constitución son ley fundamental. En este sentido véase Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 658. Así, la diferencia no está en la inclusión de ciertos derechos en nuestro catálogo

humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (art. 1, párr. 2)⁷. Asimismo, se estableció la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley (art. 1, párr. 3). De igual forma, se prohibió que se celebren convenios o tratados en virtud de los cuales se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte (art. 15 de la Constitución)⁸. Entre otras muchas novedades.

Por su parte, tratándose del juicio de amparo la reforma implicó, entre otras cosas, el tránsito hacia un mecanismo «abierto en cuanto a los derechos que protege, los requisitos para promoverlos y los efectos de sus resoluciones»⁹. En efecto, para su promoción ahora sólo se requiere de

go, sino en la equiparación de los derechos constitucionales con los derechos previstos en los tratados. De acuerdo con esta lectura, no hay jerarquía entre los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales. En este sentido véanse Natalia SAL TALAMACCHIA ZICCARDI y Ana COVARRUBIAS VELASCO, «La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 1, y Jorge Ulises CARMONA TINOCO, «La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 39, 44 y 45. Por otro lado, sin embargo, Caballero Ochoa nos dice que el art. 1 no incide en la jerarquía, sino que se refiere a un canon hermenéutico. En ese sentido cita la exposición de motivos de la Cámara de Senadores. Véase José Luis CABALLERO OCHOA, «Cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 108, 114 y 115. Por otro lado, se refuerza el carácter que tienen los derechos humanos previstos en los tratados (de cualquier tipo) como parámetro de control de otras partes del mismo tratado, de otros tratados, de las leyes, disposiciones inferiores y cualquier acto de autoridad. Cfr. Jorge Ulises CARMONA TINOCO, «La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales», op. cit., pp. 60 y 61.

⁷ Son lo que se conocen como principios de armonización (o interpretación conforme) y *pro persona*.

⁸ En mi opinión, esta última disposición refuerza el argumento de que los derechos humanos previstos en los tratados tienen jerarquía constitucional y son parámetro de control de otras partes del mismo tratado, de otros tratados internacionales, etc. Cfr. Jorge Ulises CARMONA TINOCO, «La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales», op. cit., p. 53.

⁹ Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, «Un nuevo paradigma constitucional», op. cit., p. 1.

un interés legítimo, dando cabida a la protección de intereses difusos y colectivos. Asimismo, se modificaron los efectos de las sentencias dictadas en amparos indirectos en revisión tratándose de normas generales, pues a través de un procedimiento dialógico entre jueces y legisladores se puede llegar a declarar la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico, salvo que se trate de leyes fiscales. Es decir, se relativizó la tradicional «fórmula Otero» según la cual la sentencia sólo beneficia al que obtuvo el fallo favorable. De igual manera, se reformó la medida cautelar por excelencia, esto es, la suspensión del acto reclamado, para que en su otorgamiento el juez pondere la apariencia del buen derecho y el interés social, etc.

Comparto con los citados autores que las reformas antes mencionadas constituyen un hito en las modificaciones a la Constitución mexicana. De igual manera, estimo que son un buen motivo para pensar e impulsar un nuevo paradigma sobre los derechos humanos y la justicia constitucional en nuestro país¹⁰. Con ello quiero decir una forma distinta de concebir los derechos y la función de los jueces constitucionales. Sin embargo, me separo de ellos en tanto dejan de lado las que, en mi opinión, debieran ser las características principales de un nuevo paradigma. Así, mi desacuerdo está con las ausencias que noto en la caracterización que hacen del mismo. En efecto, en la descripción del nuevo paradigma se enfatizan los siguientes puntos: *a)* la obligación de acudir a las fuentes internacionales para interpretar los derechos fundamentales (o la conformación de un bloque de constitucionalidad), por ejemplo, a las observaciones generales de los comités de expertos previstos en los tratados internacionales o a las sentencias de tribunales internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de «aterizar» las obligaciones que generan los derechos para las autoridades¹¹; *b)* se hace referencia al papel de legisladores y jueces para medir el éxito de la reforma¹², dando

¹⁰ José Luis CABALLERO OCHOA, «Cláusula de interpretación conforme y principio *por persona*», *op. cit.*, p. 132.

¹¹ Miguel CARBONELL, «Las obligaciones del Estado en el artículo 1 de la Constitución mexicana», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, *op. cit.*, pp. 71 y ss. También José Luis CABALLERO OCHOA, «Cláusula de interpretación conforme y principio *por persona*», *op. cit.*, pp. 104, 113-115, 118, 121-122 y 128. Sobre el control de convencionalidad y el papel de la Corte IDH véase Eduardo FERRER MACGREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, *op. cit.*, pp. 339 y ss.

¹² Miguel CARBONELL, «Las obligaciones del Estado en el artículo 1 de la Constitución mexicana», *op. cit.*, p. 102.

un lugar preponderante a estos últimos¹³, y c) se remarcan las posibilidades que el principio *pro persona* y el sistema de reenvíos establecido por el art. 1 crean para el diálogo jurisprudencial¹⁴.

De esta manera, en la caracterización que se hace del nuevo paradigma echo de menos las siguientes cuestiones. En primer lugar, no se dice nada sobre qué tipo de relación deben establecer los jueces nacionales e internacionales con el poder legislativo en el proceso de interpretación de los derechos humanos. En segundo lugar, es notoria la ausencia de la sociedad civil y los movimientos sociales como generadores de sentido constitucional, especialmente como sujetos que interpretan los derechos a través de su participación democrática¹⁵. Lo cual, en mi opinión, es un requisito indispensable para «devolver a las personas la apropiación de sus derechos»¹⁶ o para construir los derechos «desde abajo»¹⁷. En tercer lugar, considero que, si bien el diálogo jurisprudencial entre jueces nacionales e internacionales puede ser valioso, no debe concebirse como un fenómeno aislado, sino como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en distintas sedes y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores¹⁸. Por estas razones, en el siguiente apartado presentaré algunas ideas que pueden servir para complementar el esfuerzo teórico que se ha hecho hasta el momento.

El trabajo está dividido en cuatro partes. En la primera describo las características del paradigma discursivo que se propone adoptar. En

¹³ José Luis CABALLERO OCHOA, «Cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*», *op. cit.*, pp. 110 y 132.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 112-115, 118, 121-122 y 128, y Eduardo FERRER MACGREGOR, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», *op. cit.*

¹⁵ Aunque alguna referencia se hace a los movimientos sociales en la génesis de la reforma y en la necesidad de apropiarse de ella en Pedro SALAZAR, «Génesis y horizonte de una reforma garantista», en Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO y Manuel MUNIVE PÁEZ (coords.), *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho*, tomo de Derecho procesal constitucional coordinado por Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, México, Porrúa, 2012, pp. 73-74, 76 y 78.

¹⁶ José Luis CABALLERO OCHOA, «Cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*», *op. cit.*, p. 103.

¹⁷ Luis Daniel VÁZQUEZ y Sandra SERRANO, «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica», *op. cit.*, p. 165.

¹⁸ Roberto NIEMBRO ORTEGA, «Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales», en Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Rio de Janeiro, Elsevier, Campus Jurídico, 2013, p. 113.

segundo lugar, explico y critico el modelo de justicia constitucional propuesto por uno de los partidarios del paradigma discursivo: Robert Alexy. En el tercer apartado analizo los antecedentes y razones que se tuvieron para llegar al nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad (en adelante DGI) y expongo una perspectiva dialógica del mismo. Posteriormente, defiendo la posibilidad de las respuestas legislativas ordinarias a las DGI como un mecanismo que complementa dicho procedimiento siguiendo los postulados discursivos. Finalmente, expreso algunas conclusiones.

II. POR UN PARADIGMA DISCURSIVO PARA EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

En este apartado propongo adoptar un paradigma discursivo para el constitucionalismo mexicano. Con dicha concepción, en mi opinión, debe buscarse que los individuos se apropien de sus derechos, promoviendo la participación y deliberación de la sociedad civil, así como la institucionalización del diálogo entre poderes y la apertura de éstos a los reclamos sociales.

1. La concepción del ser humano

Podemos empezar la descripción del paradigma discursivo con la concepción del ser humano de la que parte. De acuerdo con esta teoría, el sujeto no aparece como un mero observador, sino que desempeña los papeles de hablante y oyente¹⁹, lo cual presupone su «capacidad comunicativa», es decir, «la capacidad de los hablantes no ya sólo para producir o generar oraciones gramaticales bien formadas —siguiendo ciertas reglas—, sino también para comunicarse entre sí»²⁰. Para ello se presupone que cualquier ser humano tiene la posibilidad de adquirir informaciones y la competencia para el tratamiento de las mismas²¹.

¹⁹ Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 45.

²⁰ *Ibid.*, p. 47.

²¹ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 162 y 163.

De esta manera, se considera que los seres humanos pueden justificar con razones y hacerse responsables de sus creencias y acciones ante los demás, y en ciertos contextos asumir que se trata de una obligación y demandar lo mismo de los otros (derecho a la justificación)²². Así, en primer término obliga a quien pretende fundamentar algo a defender su aserción frente a cualquiera²³, teniendo presente que las convicciones propias sólo son un conjunto entre otros²⁴. Además, se considera «al otro» como un interlocutor con los mismos derechos sobre el que no se puede ejercer coacción directa o a través de terceros²⁵, que es capaz de pensar y deliberar de buena fe sobre cuestiones de derechos²⁶.

Así, se requiere que los ciudadanos consideren recíprocamente sus razones de manera racional y con mentalidad abierta, de manera que las virtudes de un ciudadano son la tolerancia y la justicia, la disposición al diálogo y la búsqueda de razones, así como la solidaridad y responsabilidad con los miembros de la comunidad y con las consecuencias de las decisiones colectivas²⁷.

2. Desacuerdos y circunstancias de la política

Conforme al paradigma discursivo, el punto de partida para pensar un proyecto político de carácter democrático es el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas²⁸. Este pluralismo refleja el desacuerdo que existe corrientemente no sólo sobre cuestiones acerca de la vida buena, sino también sobre cuestiones de justicia²⁹. Estas últimas son

²² Rainer FORST, *The right to justification*, New York, Columbia University Press, 2012, pp. 1, 13, 21, 54, 57 y 61.

²³ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 136. Ésta es la regla de la fundamentación, que es una de las más importantes dentro del discurso práctico junto con las reglas de la razón. Éstas son: 1) cualquiera que puede hablar puede tomar parte en el discurso; 2.a) cualquiera puede problematizar cualquier aserción; b) cualquiera puede introducir cualquier aserción al discurso; c) cualquiera puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades; 3) no se puede impedir a ningún hablante ejercer sus derechos establecidos en 1) y 2) mediante coacción existente dentro o fuera del discurso. Véase *ibid.*, p. 136.

²⁴ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 190.

²⁵ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 136.

²⁶ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 20, 264-265 y 298.

²⁷ Rainer FORST, «The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy», *Ratio Juris*, vol. XIV, núm. 4, diciembre de 2001, p. 366.

²⁸ Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 206.

²⁹ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 7, 9, 182, 187-188, 236 y 294.

parte del proyecto discursivo que nunca termina y siempre está abierto a la crítica³⁰, pues, aun cuando es necesario adoptar alguna decisión común que nos permita vivir en sociedad (circunstancias de la política)³¹, ésta sólo es provisional³².

Desde este punto de vista, la deliberación es la base que da legitimidad a las decisiones democráticas y es el único medio razonable para la coexistencia pacífica³³. Es por ello que para solventar nuestros desacuerdos de una manera justa y determinar cómo hemos de proseguir, tenemos que echar mano de un proceso de deliberación en la cual todos los afectados podamos participar en la decisión de cómo distribuir los derechos³⁴.

En efecto, los derechos también son parte de nuestro desacuerdo, particularmente, a su aplicación concreta y detallada³⁵. Así, nuestra capacidad deliberativa tiene como objeto, entre otras cuestiones, su interpretación y concretización, lo cual implica que somos capaces de *decidir* —en condiciones de igualdad— los desacuerdos que suscitan³⁶.

3. Beneficios de la deliberación

La deliberación sirve para detectar errores de razonamiento, recordar a los demás cosas que han subestimado, aunar experiencias y recoger información, enriquecer las perspectivas de unos y otros, etc.³⁷ A través de ella pueden transformarse las preferencias iniciales en otras más ricas, más matizadas y mejor informadas³⁸. Así, la deliberación nos permite: *a*) obtener información y *b*) llevar a cabo una reflexión crítica sobre nuestras opi-

³⁰ Rainer FORST, *The right of justification*, *op. cit.*, p. 82.

³¹ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 14, 123-124, 241, 253 y 315.

³² *Ibid.*, p. 241. La provisionalidad atiende a que la necesidad de un punto de vista común no hace que el hecho de los desacuerdos se evapore. Véase *ibid.*, p. 128.

³³ Bruce ACKERMAN, «Why Dialogue?», *Journal of Philosophy*, vol. LXXXVI, núm. 1, 1989, p. 10, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, p. 52.

³⁴ Klaus GÜNTHER, «Law, the State and Discourse Theory», *Reflexive Governance in the Public Interest*, working paper, p. 15.

³⁵ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁶ *Ibid.*, pp. 285, 297, 300, 303 y 338. De hecho, el otorgamiento de derechos implica esencialmente el que las personas son agentes morales a los que se les puede confiar sus propias vidas y percibir los límites adecuados de su propia libertad. Véase *ibid.*, pp. 23 y 264.

³⁷ Jeremy WALDRON, «Deliberación, desacuerdo y votación», en Harold HONGJU KOH y Ronald C. STYLE (coords.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 253.

³⁸ *Ibid.*

niones y puntos de vista³⁹. Además, es la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular cooperativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de permanecer extraños los unos a los otros⁴⁰.

Como dice Nino, el diálogo (aunque yo diría la deliberación) es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias auto-interesadas en preferencias imparciales⁴¹. O en términos más modestos, el libre procesamiento de temas y contribuciones, así como de información y argumentos pertinentes, hace presumir que los resultados obtenidos son racionales⁴².

4. Noción de los derechos fundamentales

Para la teoría del discurso, los derechos tienen una dimensión ética, política y moral⁴³ que hacen que en la deliberación constitucional como discurso práctico⁴⁴ se involucren razones pragmáticas, éticas y morales que se refieren a la precisión y ponderación de fines colectivos, la construcción y selección de estrategias aptas para la consecución de esos fines, orientaciones valorativas y la configuración de programas que sean buenos para todos por igual⁴⁵. Ahora bien, los límites del discurso práctico general hacen necesarias reglas jurídicas que permitan soluciones donde no puede alcanzarse ningún acuerdo discursivo, además de hacer fácticamente posible la realización de discursos⁴⁶.

³⁹ Seyla BENHABIB, «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», *Constellations*, vol. I, núm. 1, 1994, p. 32.

⁴⁰ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 385 y 386.

⁴¹ Carlos S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 202.

⁴² Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 214.

⁴³ Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 152, y Rainer FORST, *The right of justification*, op. cit., pp. 109-111, 114, 130, 213, 218-219 y 221.

⁴⁴ Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 52-53 y 125. En este mismo sentido, Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 34, 177 y 272.

⁴⁵ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 229, 246, 302, 545, 559 y 650, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 96.

⁴⁶ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 202 y su nota al pie 90, 273-274 y 278, e íd., «Justicia como corrección», *Doxa*, núm. 26, p. 167.

En este sentido, para Alexy la argumentación jurídica es una actividad lingüística que busca la corrección de los enunciados normativos y, por tanto, se trata de un discurso práctico, aunque con condiciones limitadoras (lo que lo hace un caso especial)⁴⁷. Por su parte, el discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, y en su lugar aparecen derechos fundamentales abstractos, abiertos y cargados ideológicamente⁴⁸. A la teoría del discurso le corresponde el investigar cómo se puede argumentar racionalmente y se argumenta bajo estas condiciones⁴⁹.

Tratándose del discurso sobre derechos, la teoría discursiva reconoce que éstos tienen una textura intencionalmente abierta y que su contenido específico está sujeto a desacuerdos profundos y razonables⁵⁰. Estos desacuerdos no son vistos como algo que haya que erradicar, sino que son la base misma de la democracia y de la necesidad de diálogo⁵¹. De hecho, si los derechos se encontraran ahí como hechos morales, respecto a los cuales no pudiera hacerse otra cosa que positivizarlos, los destinatarios no podrían sentirse como sus autores⁵². Sin embargo, en tanto *principios*⁵³ no

⁴⁷ Para Alexy, hay tres rasgos que hacen del discurso jurídico un caso especial del discurso práctico general: 1) que la discusión se refiera a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre las que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido; 2) que estas cuestiones sean discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección, y 3) que tengan lugar bajo condiciones limitadoras. Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 35, 206 y 207.

⁴⁸ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 489.

⁴⁹ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 132.

⁵⁰ Christopher F. ZURN, «A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review», en Camil UNGUREANU, Klaus GÜNTHER y Christian JOERGES, *Jürgen Habermas*, vol. I, Ashgate, Cornwall, 2011, p. 440.

⁵¹ Para esta visión el desacuerdo es visto como una fuerza creativa y no como un problema a erradicar. Véase Cass SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 8. En el mismo sentido Habermas señala que el permanente riesgo que representa la contradicción, que representa el decir que no, queda institucionalizado en forma de discursos y convertido en la fuerza productiva de una formación de la opinión y la voluntad políticas presuntivamente racionales. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 100, y Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 24.

⁵² Jürgen HABERMAS, «Epílogo a la cuarta edición», en *Facticidad y validez*, op. cit., p. 653, pues no olvidemos que los ciudadanos son tanto destinatarios como autores de los derechos. Cfr. Rainer FORST, *The right of justification*, op. cit., p. 126.

⁵³ Habermas sigue la distinción de Dworkin entre principios y reglas y nos dice que tales principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del Derecho constitucional. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 545.

saturados, los derechos requieren de una ulterior interpretación, desarrollo y configuración⁵⁴; por lo que su contenido y extensión son el resultado de procesos deliberativos⁵⁵ que en primer término corresponde llevar a cabo a la gente en su conjunto⁵⁶.

De estos procesos sólo podemos obtener normas discursivamente posibles, pues la argumentación que se lleva a cabo no tiene un carácter concluyente y, por tanto, no puede hablarse de una fundamentación definitiva⁵⁷. En efecto, aunado al desacuerdo, existen ciertas circunstancias que impiden obtener una única respuesta del proceso de interpretación constitucional. Así, la vaguedad del lenguaje en el que están redactadas las normas constitucionales y/o el permanente conflicto en el que se encuentran hacen que no se pueda hablar de una respuesta «lógica»⁵⁸. Esta vaguedad y conflicto tampoco se solucionan con los cánones de interpretación, pues su número es discutido, no existe una ordenación jerárquica que nos diga cuál debemos preferir en qué casos, además de que son indeterminados⁵⁹. Además, porque hay varias razones por las que la interpretación de la norma puede cambiar; pensemos, por ejemplo, en el descubrimiento de conocimiento empírico; en la falta de previsión de las consecuencias directas e indirectas; la advertencia posterior de contradicciones entre normas o el incumplimiento de las condiciones de la situación ideal de diálogo, etcétera⁶⁰.

Si esto es así, la autoridad de los tribunales no puede basarse en el argumento de que aplican correctamente las reglas previamente establecidas⁶¹, en tanto los derechos fundamentales son esencialmente contro-

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 523 y 552. Interpretación constructiva la llama Habermas.

⁵⁵ Diego MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, «Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, pp. 320 y 321.

⁵⁶ Christopher F. ZURN, «Deliberative democracy and constitutional review», *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002, p. 528, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 41.

⁵⁷ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 26 y 141.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 23-24, 273 y 274. Estas características las relaciona Alexy con la ley, sin embargo, también son aplicables a la Constitución. Tales características dejan un campo de acción y valoración para el decisor. Cfr. *ibid.*, p. 27. Para Alexy, que la jurisprudencia no pueda prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no exista *ninguna duda* sobre cómo se debe decidir. Cfr. *ibid.*, p. 29. De hecho, Alexy considera que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos. Véase Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 46.

⁵⁹ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 24-25, 225, 237 y 240.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 141.

⁶¹ Pues su concretización se lleva a cabo a través de procesos deliberativos. Véase Rainer FORST, *The right of justification*, op. cit., pp. 104, 112 y 114.

vertidos⁶² y dejan un amplio espacio para diferentes valoraciones. Así, no es verdad que los derechos estén «fuera de la agenda», pues siempre estamos discutiendo su significado y alcance, lo que entra dentro del ámbito de la política⁶³. Por ello, ante el desacuerdo y el conflicto de valores e intereses que rigen a nuestras sociedades plurales, necesitamos de procedimientos argumentativos que nos permitan seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos y que puedan reconocerse como legítimos por las partes involucradas⁶⁴. Así, «el constitucionalismo no consistiría —como suele decirse— en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros [...] Toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser *estrictamente procedimental*»⁶⁵.

En otras palabras, la legitimidad de las decisiones que afectan a la colectividad no deriva de unos derechos o convicciones éticas que son consideradas como previas al proceso democrático⁶⁶, sino de un proceso deliberativo entre seres humanos libres que son considerados iguales política y moralmente⁶⁷.

⁶² Aida TORRES PÉREZ, *Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 102.

⁶³ Seyla BENHABIB, «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», *op. cit.*, pp. 38 y 39; Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, pp. 169, 170 y 171; Rainer FORST, *The right of justification*, *op. cit.*, p. 228, y Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁴ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 290 y 291, e *ídem.*, «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1373. Para la teoría del discurso como teoría procesal de corrección de normas, una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional. Véase Robert ALEXY, «Justicia como corrección», *op. cit.*, p. 165.

⁶⁵ Juan Carlos BAYÓN, «Derechos, Democracia y Constitución», en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 217. En el mismo sentido, Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 292.

⁶⁶ Jürgen HABERMAS, «Three normative models of democracy», *Constellations*, vol. I, núm. 1, 1994, p. 4.

⁶⁷ Seyla BENHABIB, «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», *op. cit.*, p. 27.

5. El diseño institucional

La teoría discursiva debe inspirar el diseño de instituciones⁶⁸ que propicien una discusión⁶⁹ constitucional abierta, justa e igualitaria que permita que sean los mejores argumentos los que se impongan⁷⁰, pues es en los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y de la voluntad comunes sobre los que recae la carga de legitimación de producción del derecho⁷¹. Se trata de diseñar un «orden de justificación» en el que las normas e instituciones que gobiernan la vida colectiva —en situaciones de cooperación como de conflicto— lo hagan de manera justificada o justificable⁷².

Ahora bien, ¿cuáles son los requisitos que deben cumplir (de manera aproximada) esta combinación de procedimientos para que el producto final sea legítimo (aceptable para todos por ser racional)? De acuerdo con la teoría discursiva del derecho tenemos los siguientes: *a)* que sus destinatarios puedan entenderse como autores racionales de esas normas a través de su participación en la deliberación y toma de decisiones⁷³; *b)* que sean producto de una formación discursiva de la opinión y la voluntad común, es decir, no pueden basarse en decisiones arbitrarias y discrecionales, sino que necesitan ser justificadas⁷⁴; *c)* que se acepte que las pretensiones de validez de las normas y valores son falibles y, por tanto, susceptibles de crí-

⁶⁸ Pues, como dice Nino, «no hay instituciones distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que las justifica». Véase Carlos S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 23.

⁶⁹ Para Habermas, la clarificación pública-argumentativa de cuestiones normativas ha de desempeñar un papel central en toda tentativa de realizar derecho legítimo y asegurar el reconocimiento de su legitimidad. Véase Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 657.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 353.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 197, 305 y 555, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 132, 159 y 177.

⁷² Rainer FORST, *The right to justification*, op. cit., p. 1, pues la formación racional de la voluntad política hay que buscarla en el plano de los procesos institucionalizados de deliberación y toma de resoluciones. Véanse Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 420, 497, 555, 646 y 656; Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 124, 128 y 129, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 72-74.

⁷³ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 96, 169, 186, 202, 226, 647 y 660, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 63.

⁷⁴ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 91, 101, 136-137, 202, 224 y 238, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 75.

tica y corrección⁷⁵, y d) aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar y de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros y, por tanto, para que se hagan valer todos los intereses afectados⁷⁶. Es decir, los procedimientos institucionalizados deben garantizar que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles, es decir, aseguren el tratamiento racional de las cuestiones políticas⁷⁷.

6. Participación y sociedad civil

De todas las características del paradigma en estudio, en esta ocasión me interesa resaltar la importancia de la participación discursiva de la sociedad civil⁷⁸. En efecto, conforme al paradigma discursivo, una sociedad deliberante y un espacio público-político⁷⁹ se sitúan, por razones de legitimidad, en un primer plano⁸⁰. Así, se estima que las comunicacio-

⁷⁵ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 93, 95, 98, 100-101, 137, 247, 466 y 646; Rainer FORST, *The right of justification*, op. cit., pp. 13-14, 40 y 42, y Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 70 y 71.

⁷⁶ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 234 y 235. En el mismo sentido Seyla BENHABIB, «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», op. cit., p. 31.

⁷⁷ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 238.

⁷⁸ Para el paradigma discursivo la participación es un elemento fundamental de la democracia. Por ejemplo, Forst considera que es previa al derecho estatal y debe ser institucionalizada. Véase Rainer FORST, *The right to justification*, op. cit., p. 238. Para este autor, la sociedad civil es el ámbito público de acción en el que interactúan el Estado, la economía y la esfera privada. Cfr. Rainer FORST, «Civil Society», en Robert E. GOODIN et al. (eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, vol. II, 2.ª ed., Oxford, Blackwell, p. 452.

⁷⁹ Para Habermas, el espacio público puede entenderse como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de opiniones, y en él los flujos se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos. Véase Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 440. Desafortunadamente, nos dice Velasco, en nuestras sociedades la esfera pública ha desaparecido prácticamente. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 33.

⁸⁰ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 252, 437, 491, 531-532 y 660. De hecho, el destinatario de la teoría es la sociedad entera. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 13. Para un autor como Waldron, el derecho a la participación es el derecho de los derechos, no porque tenga una prioridad moral, sino porque su ejercicio es particularmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen. Lo cual significa que el elemento popular es decisivo para el gobierno. Cfr. Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 277 y 281.

nes políticas dependen de una cultura política habituada a la libertad y de las iniciativas de asociaciones, organizaciones y movimientos formadores de opinión⁸¹, por lo que debe propiciarse su participación⁸². Estas asociaciones hacen fluir las corrientes de comunicación en el espacio público y sirven para «percibir problemas de la sociedad, para interpretarlos y para ponerlos en escena de una forma que atraiga la atención y que a la vez resulte innovadora»⁸³. En otras palabras, ayudan a través del debate y la discusión a que la gente se dé cuenta y se tome en serio una determinada idea como, por ejemplo, la de la libertad⁸⁴, así como para descubrir temas que son relevantes para la sociedad global, contribuyendo a las posibles soluciones de problemas, interpretando valores, produciendo buenas razones y devaluando otras⁸⁵. Asimismo, la participación de la sociedad civil aparece como una fuerza social independiente que, a través de la argumentación pública y la formación de opiniones, posibilita la crítica de las formas hegemónicas del discurso⁸⁶.

Si esto es así, el constitucionalismo mexicano tendría una enorme deuda con la democracia deliberativa, por lo que podría empezar a cumplir con las siguientes tareas⁸⁷: A) Incentivar la participación discursiva de todos en la interpretación de la Constitución⁸⁸, es decir, ayudar a modificar la autocomprensión que tiene la población en general de su papel como meros espectadores que miran desde la galería para empezar a ser actores con espíritu crítico⁸⁹. Para ello, el primer paso está en reconocer sus

⁸¹ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 378-379, 447, 452, 612 y 627. Uno de los problemas más acuciantes al tratar la sociedad civil es la desigualdad de sus integrantes, que permite que los grupos más aventajados tenga mayor poder dentro de esta. Véase Rainer FORST, «Civil Society», op. cit., p. 458.

⁸² Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 176.

⁸³ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 385, 439, 440-441, 443, 460 y 463.

⁸⁴ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 370.

⁸⁵ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 611 y 614.

⁸⁶ Rainer FORST, «Civil Society», op. cit., p. 457.

⁸⁷ Estas dos tareas se refieren a la radicalización del principio democrático de participación en dos diferentes niveles: la extensión generalizada del derecho de participación a todas las personas y la expansión progresiva de los sectores sociales e institucionales en los que se desempeña el citado derecho. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 30.

⁸⁸ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 532. Para los partidarios del paradigma discursivo la participación es, entre otras, una exigencia ineludible para rehumanizar el mundo moderno y evitar su proceso consificador. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 28.

⁸⁹ En ese sentido, Velasco nos dice que el grado de vitalidad de una democracia se mide

capacidades deliberativas y la posibilidad de ejercerlas sobre las cuestiones más importantes de principio, y no sólo en cuestiones menores de la política social y económica⁹⁰. B) Pensar en cómo diseñar nuestras instituciones para que «los organismos encargados de tomar decisiones (parlamentos y tribunales) permanezcan porosos a los temas, orientaciones valorativas, contribuciones y programas que les afluyen de la opinión pública»⁹¹, de tal manera que a través de los procedimientos democráticos dichos influjos se transformen en poder comunicativo⁹². Pues sólo a través de un juego de mutuas dependencias entre instituciones y comunicaciones públicas informales puede considerarse que los ciudadanos no son meros receptores pasivos de derechos otorgados de forma paternalista⁹³.

Finalmente, es necesario precisar con Velasco que cuando se habla de la sociedad civil no debe pensarse que se trata de un sujeto colectivo, ni de un solo diálogo entablado por el tejido social, «sino de múltiples discursos entrelazados entre sí de una manera más o menos armoniosa (y, en cualquier caso, polifónica), un circuito informal de opinión pública conformado por múltiples centro de discusión y decisión»⁹⁴. Es más, la sociedad civil presupone una pluralidad de formas de vida e intereses sociales que, si bien pueden ser integrados parcialmente, también entran en conflicto⁹⁵.

por el papel que desempeñan la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 34.

⁹⁰ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 254 y 297.

⁹¹ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 611, 634, 251, 386, 437 y 515. De hecho, Habermas insiste en que el desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso, los hace depender no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. Véase *ibid.*, p. 374.

⁹² Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 406, 408 y 528. Como dice Forst, la pertenencia plena a una sociedad democrática no sólo se traduce en poder participar, sino en tener buenas razones para creer que las instituciones están abiertas y son sensibles a los ejercicios discursivos. Véase Rainer FORST, *The right of justification*, op. cit., p. 200.

⁹³ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 432, 511, 513 y 634. De hecho, la dignidad de los seres humanos se ve mermada cuando son vistos como meros receptores y no como agentes independientes. Véase Rainer FORST, *The right to justification*, op. cit., pp. 196 y 217. Por otra parte, no hay que olvidar que el distanciamiento generado entre los ciudadanos y la Constitución no es casual, sino una forma de dominación. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 137.

⁹⁴ Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 178.

⁹⁵ Rainer FORST, «Civil Society», op. cit., p. 457.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PARADIGMA DISCURSIVO DE ROBERT ALEXY

El procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad que estudiaremos en seguida es, en mi opinión, un mecanismo que cumple con los rasgos de la teoría discursiva a través de la instauración de un procedimiento dialógico de interpretación entre jueces y legisladores. Ahora bien, antes de analizarlo quisiera referirme a la posición de uno de los partidarios del paradigma discursivo y defensor del modelo clásico de justicia constitucional en el que los jueces ostentan la última palabra sobre la interpretación de los derechos fundamentales, me refiero a la de Robert Alexy⁹⁶. En efecto, si bien Alexy se sitúa entre los partidarios del paradigma discursivo, en mi opinión, en sus estudios sobre la justicia constitucional no lleva hasta sus últimas consecuencias las implicaciones de dicha teoría.

Según el autor alemán, para ser compatible con la teoría del discurso, el control de constitucionalidad debe tener también un carácter discursivo. Este objetivo se logra si con la interpretación de la Constitución —y en especial de los derechos— se permite que los ideales discursivos se realicen en una mayor medida de lo que sería el caso mediante la operación del discurso democrático por sí solo⁹⁷. En segundo lugar, nos dice que el control constitucional tiene que ser también una forma de representación del pueblo, la cual, tratándose de los tribunales, consistiría en una representación argumentativa⁹⁸. Para ello, sigue Alexy, debe demostrarse que

⁹⁶ Es necesario distinguir entre la última palabra interpretativa y la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. La última palabra interpretativa se refiere a quién tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. Así, por ejemplo, si un tribunal tiene atribuida la última palabra interpretativa, la doctrina que dicte en cualquier proceso de su conocimiento cuyo objeto sea o no el control de la ley es vinculante para los otros jueces, el legislador, el ejecutivo y, en algunos casos, para la ciudadanía. Por su parte, la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley se refiere a quién tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución. El punto es que no necesariamente quien tenga la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley tiene que ostentar la última palabra interpretativa. El objeto de crítica de este trabajo es el modelo de control judicial de constitucionalidad que reúne ambas características.

⁹⁷ Robert ALEXY, «Teoría del discurso y derechos constitucionales», *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 60 y 61.

⁹⁸ La representación argumentativa del tribunal se opone a la representación volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva del Parlamento. Véase Robert ALEXY, «Teoría del

el control constitucional como discurso no es ilimitado, es decir, que se puede distinguir entre argumentos buenos o malos, mejores o peores⁹⁹. Ahora bien, esto no es suficiente para poder hablar de representación del tribunal. Para tal efecto es necesario que un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, los argumentos del tribunal como razones de corrección¹⁰⁰. Por «razones de corrección» Alexy se refiere a argumentos correctos o razonables que tienen tal carácter porque derivan de un procedimiento en el que se cumplen las reglas y las formas de argumentación, pero que no pueden producir ninguna certeza definitiva o un único resultado correcto y, por tanto, son provisionales y refutables¹⁰¹. Entre dichas reglas tenemos: la regla de la fundamentación, las reglas de la razón, etcétera¹⁰².

Empiezo por lo más elemental. ¿Qué número de personas tiene en mente Alexy para considerarlo «suficiente»? ¿Qué plazo tiene que correr para que pueda considerarse «largo plazo»? ¿Mientras corre ese «largo plazo» el control constitucional no está justificado? ¿Y si un número suficiente no la acepta¹⁰³? Aun suponiendo que Alexy nos diera mayor luz al respecto, ¿por qué habríamos de adoptar sus parámetros? ¿Cómo podemos saber que la gente acepta los argumentos «por razones de corrección»

discurso y derechos constitucionales», *op. cit.*, p. 100, e *ídem.*, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *op. cit.*, p. 40. La oposición de Alexy entre representación argumentativa del tribunal y la volitiva/argumentativa del Parlamento es falaz, pues en las decisiones judiciales también hay un elemento volitivo en tanto utilizan el mismo método de decisión que los Parlamentos, esto es, la votación por mayoría. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 365.

⁹⁹ Robert ALEXY, «Teoría del discurso y derechos constitucionales», *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 102. Este criterio tiene como sustento la tesis de Alexy expuesta años antes en su libro *Teoría de la argumentación jurídica*, en el sentido de que se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las *convicciones extendidas* y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes, y, por otro, deje espacios a los criterios de lo correcto. Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 31. De la lectura del texto no me queda claro si Alexy propone que los argumentos del tribunal tienen que ser aceptados por un número suficiente de personas o si basta con que los argumentos presentados por el tribunal constitucional sean razonables y un número suficiente de miembros de la comunidad sean *capaces* de ejercitar sus capacidades racionales y *desean* hacerlo. Véase Robert ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, *op. cit.*, p. 103. Nótese que, conforme a esta última forma de ver las cosas, no es necesario que los argumentos sean efectivamente aceptados.

¹⁰¹ Robert ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, *op. cit.*, p. 102, e *ídem.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 36-38, 137, 177, 201, 238, 264, 278 y 279.

¹⁰² Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 136-142, 148, 184 y ss.

¹⁰³ Alexy no nos da ninguna respuesta sobre qué pasa en dicho caso, aun cuando la norma ya ha sido expulsada del ordenamiento. Es decir, pareciera que da por sentado que se le dará la aceptación por un número suficiente de personas.

y no por pura inercia? Finalmente, ¿por qué, si hay razones de corrección para aceptar la decisión, sería necesaria la efectiva aceptación de «un número suficiente» de personas?

Ahora bien, la crítica más fuerte a su defensa del control constitucional es que no se compadece, en mi opinión, con la teoría del discurso sobre la que fundamenta su modelo, según la cual la justificación de las decisiones no se basa en los números, sino en la calidad de los procesos de debate, discusión y persuasión que las precede¹⁰⁴. Alguien podría contraargumentar diciendo que la tesis de Alexy no está basada en los números, sino en las razones de corrección, es decir, en el procedimiento deliberativo. Si esto es así, vuelvo entonces a preguntar, ¿por qué, si se cumplió con el procedimiento deliberativo, es necesario que «un número suficiente» acepte la decisión? En mi opinión, la referencia a los números se debe a que Alexy sabe bien que la legitimidad de una decisión democrática no puede basarse sólo en el procedimiento deliberativo, pues ello desconocería la importancia de la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos, es decir, la igualdad formal de influencia política en la toma de decisiones colectivas¹⁰⁵.

Sin embargo, el problema está en que el déficit democrático del control constitucional no se supera con una eventual aceptación posterior por un número suficiente de personas¹⁰⁶, sino por la posibilidad *institucional* de una respuesta (objección) ordinaria por parte del Parlamento que permita

¹⁰⁴ Lo cual no quiere decir que en la democracia deliberativa esté excluida la regla de la mayoría como regla de decisión, sino que el énfasis está puesto en la deliberación racional bajo condiciones formales, entre las que destaca el reconocimiento de derechos que garanticen iguales oportunidades de participación. De hecho, el asentimiento condicionado de las minorías a las decisiones mayoritarias se basa en que éstas se hayan adoptado en un foro público de discusión abierto y en su carácter revisable, pues la regla de la mayoría por sí misma no supone ninguna garantía de racionalidad. Véase Juan Carlos VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 179, 184, 188 y 193. Por otro lado, debe decirse que el hecho de votar no es el reconocimiento de un fracaso o que sea algo incorrecto, pues incluso después de deliberar la gente seguirá discrepando de buena fe. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 112 y 113. Asimismo, no debemos cometer el error de pensar que por que la gente vota y acepta el punto de vista de la mayoría no se toma los derechos en serio. Cfr. *ibid.*, p. 365.

¹⁰⁵ J. Luis MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 78-79 y 209.

¹⁰⁶ La dificultad que implica valorar que «un número suficiente de personas acepta la decisión» se debe, entre otras razones, a que, como dice el propio Alexy, «las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión». Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 31.

la crítica y revisión de las razones que sustentan la sentencia, tomando en cuenta lo que tienen que decir los titulares de los derechos sobre la cuestión¹⁰⁷. Esta posibilidad la pasa por alto Alexy, pues al constatar la desvinculación a la ley en el discurso iusfundamental se concentra en el texto constitucional, los precedentes y la dogmática¹⁰⁸, y, principalmente, en la función de cierre de los tribunales¹⁰⁹. De ahí que no considera la importancia que puede tener continuar el procedimiento discursivo con posterioridad a la sentencia.

Pero volvamos a las preguntas que planteamos más arriba y supongamos, por el bien de la argumentación, que Alexy considera que sí hay una posibilidad objetiva de saber si un «número suficiente» de personas acepta, por lo menos a «largo plazo», los argumentos del tribunal como «razones de corrección». La forma que se me ocurre de saberlo sería verificando si la gente se ha organizado o no para impulsar una reforma constitucional que logra concretarse¹¹⁰. De esta manera, atendiendo a los requisitos agravados que suelen tener las reformas constitucionales, podríamos saber con alguna seguridad que un número suficiente de personas han aceptado los argumentos del tribunal, ya sea por razones de corrección o de otro tipo.

El problema con esta forma de verificar la aceptación de un número suficiente de personas es que no toma en cuenta que en un sistema como el que propugna Alexy, es decir, en el que los jueces tienen la última palabra y sus decisiones sólo pueden ser revertidas por una reforma constitucio-

¹⁰⁷ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 299.

¹⁰⁸ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 489. ¿Será que Alexy está intoxicado, como piensa Waldron de los filósofos del derecho, de tribunales de justicia? Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 17.

¹⁰⁹ Alexy se refiere al hecho de que a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente una solución. Por ello, se necesita de un proceso judicial en el que se resuelvan las cuestiones que todavía permanecen abiertas en el discurso jurídico. Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 273-274, 314 y 315. Como veremos más adelante, este puede ser un argumento a favor de un control judicial dialógico. El problema está cuando la función de cierre de los tribunales se traduce en otorgarles la última palabra en la interpretación constitucional.

¹¹⁰ Así creo que lo sugiere Alexy cuando afirma que «quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal— habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el art. 79.2 LF podrán alterar tal estado de cosas». Véase Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», op. cit., pp. 36 y 37.

nal, la posibilidad de respuesta que tiene la sociedad civil para demostrar su desacuerdo a través de una reforma de este tipo implica grandes esfuerzos y tiene altos costos políticos para los representantes, que hacen que la posición por defecto sea la de los jueces¹¹¹. Así, el supuesto para demostrar el desacuerdo de un número suficiente de personas con el tribunal —que, a mi parecer, se traduce en la exigencia de una reforma constitucional— y, por tanto, que no estamos ante una efectiva representación argumentativa del tribunal, establece una presunción muy fuerte a su favor, a tal punto que no hay mucho espacio para la discusión sobre la legitimidad del control de constitucionalidad.

Otro rasgo importantísimo de la forma alexyana de concebir la justicia constitucional es que lo hace en términos dicotómicos. Es decir, para él, o dejamos la última palabra interpretativa en manos de los jueces o en manos del poder legislativo, sin que haya una vía alternativa, decantándose por la primera. Así, por ejemplo, señala: «El cuestionamiento por principio del control de constitucionalidad afirma que el mero hecho de que algo sea problemático, e incluso controvertido, entre intérpretes racionales no representa una razón suficiente para excluirlo del control de constitucionalidad y para entregárselo al Parlamento con su legitimación democrática inmediata»¹¹². Y en otro lugar añade: «La inseguridad relativa a los resultados que tiene el discurso iusfundamental conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, lo que significaría ser juez en su causa propia, queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma»¹¹³.

Es decir, para Alexy tenemos dos formas de establecer la relación entre justicia constitucional y Parlamento: que sean los jueces los que controlen al legislador, siendo su interpretación sobre la Constitución la última palabra, o que el legislador se autocontrole, lo que para él parece una posición

¹¹¹ Como explica Waldron, dichos procesos son habitualmente dificultosos; de hecho, su dificultad —la diferencia, por ejemplo, entre la mayoría requerida para la reforma constitucional y la requerida para la reforma legislativa ordinaria— es precisamente definitoria del límite en cuestión. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 327.

¹¹² Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», op. cit., p. 47. Alguien podría contraargumentar diciendo que Alexy habla de un discurso en varios niveles —como opción frente a la supremacía legislativa— entre el Tribunal Constitucional, el legislador, la opinión pública y la ciencia, en el que la decisión del Tribunal no habrá de ser la última palabra (*ibid.*). También en Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 487 y 488. Sin embargo, ésta sería una lectura parcial del trabajo de Alexy (véase la cita en la nota 112).

¹¹³ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 509.

absurda. Así, Alexy nos da tres argumentos a favor del control judicial que ostenta la última palabra: 1) El desacuerdo no es un argumento para dejar la decisión en manos del legislador. 2) Es absurdo pensar que el legislador se puede autocontrolar, pues sería juez en su propia causa. 3) Tenemos necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Analicemos detenidamente estos argumentos.

1. El desacuerdo no es un argumento para dejar la decisión en manos del legislador

Al igual que los otros propulsores del paradigma discursivo, Alexy reconoce el grado máximo de indeterminación de los derechos fundamentales a tal punto que «los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación»¹¹⁴. Lo que, aunado al hecho del pluralismo¹¹⁵, hace imposible sostener que los derechos fundamentales deban ser interpretados «de modo que protejan lo que *todos los ciudadanos* consideren importante»¹¹⁶ y que «el debate nunca desembocará en un punto que alcance de una vez por todas la certeza y la aprobación general»¹¹⁷. Así, al reconocer la indeterminación de los derechos fundamentales y el hecho del

¹¹⁴ Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *op. cit.*, p. 35, e *id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 482.

¹¹⁵ Así, Alexy señala que al menos en las sociedades modernas hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto. Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, Robert ALEXY, «Justicia como corrección», *op. cit.*, p. 167.

¹¹⁶ Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *op. cit.*, p. 39.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 46. Aunque añade que, junto a las divergencias o lo problemático, hay mucho que resulta relativamente pacífico y que hace un amplio consenso en lo fundamental (entre los jueces). Muchos críticos de la justicia constitucional pasan por alto, sigue Alexy, que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos (*ibid.*). A esta aclaración, que pretende de alguna manera justificar la justicia constitucional, puede responderse lo siguiente: *a)* el consenso no es garantía de racionalidad, sino la forma en que se llegó a éste; *b)* Alexy se refiere al consenso que se da en el seno del tribunal, sin embargo, lo que realmente debería interesarnos no es el consenso (del tribunal), sino el diseño que se da a lo largo y ancho de la sociedad; *c)* finalmente, los consensos sólo pueden tenerse como provisionales, por lo que siempre deben estar abiertos a la crítica y sujetos a revisión. Así, el que haya algún consenso provisional no es un argumento a favor de la última palabra de los jueces, pues en cualquier momento puede cambiar. Es más, aun teniendo un consenso, lo que debiera preocuparnos es establecer mecanismos institucionales para que aquellos que quieran oponerse a dicho consenso puedan hacerlo.

pluralismo considera que los derechos son, por una parte, profundamente antidemocráticos, en tanto desconfían del proceso democrático y privan de poder de decisión a la mayoría parlamentaria legitimada¹¹⁸.

En primer lugar debo señalar mi coincidencia con Alexy en el sentido de que el hecho del desacuerdo no nos obliga a dejar de inmediato la última palabra sobre la interpretación de los derechos en manos de los legisladores, en tanto puede haber otras razones que nos orillen a justificar un control judicial como que los ideales discursivos se realicen en mayor medida¹¹⁹. Piénsese, por caso, en las negociaciones y decisiones a puerta cerrada que se han tomado por un grupo muy reducido de parlamentarios y no parlamentarios que conforman el Consejo Rector del Pacto por México. Dicho Pacto es una agenda política impulsada por el presidente Enrique Peña Nieto y aceptada por los tres principales partidos políticos presentes en el Congreso —mas no por todos los partidos con representación, especialmente las minorías—¹²⁰, que con la instauración de un Consejo

¹¹⁸ Robert ALEXY, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», *op. cit.*, p. 38. Por otro lado, Alexy considera que los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a las garantías de los derechos de libertad y de igualdad, capaces, por lo general, de mantener estable el procedimiento democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del procedimiento democrático mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas (*ibid.*).

¹¹⁹ Como vemos, éste es un requisito que establece Alexy (*ibid.*). Esta justificación es eventual, pues está sujeta a que los tribunales efectivamente ayuden a enmendar los problemas deliberativos que se dan dentro y fuera del Parlamento.

¹²⁰ Sobre el Pacto por México puede consultarse <http://pactopormexico.org>. De acuerdo con Waldron, para poder calificar una decisión mayoritaria como tiránica, además de ser parte de la minoría que perdió la votación, tienen que darse dos circunstancias: 1) que la decisión fuera realmente incorrecta y tiránica en sus implicaciones para los derechos de los afectados, y 2) que quien aduce la tiranía sea parte del grupo minoritario cuyos intereses fueron afectados. Véase Jeremy WALDRON, «The Core of the Case Against Judicial Review», *op. cit.*, pp. 1396 y 1397. Waldron reconoce que la regla de la mayoría puede ser tiránica, sin embargo, a diferencia de otros sistemas políticos que también poseen los peligros relacionados con el mayoritarismo popular, la regla de la mayoría permite la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de toma de decisión última. Cfr. Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 357. En ese sentido, tiene un aspecto no tiránico. Véase Jeremy WALDRON, «The Core of the Case Against Judicial Review», *op. cit.*, p. 1396. En mi opinión, una decisión mayoritaria puede ser calificada como tiránica por el solo hecho de que en su proceso de adopción no se haya escuchado a una minoría parlamentaria, sea que dicha minoría represente o no al grupo minoritario afectado. Asimismo, considero que una decisión mayoritaria es tiránica cuando un grupo minoritario cuyos intereses son afectados no tiene representación en el Congreso y no tiene otros medios para hacer valer sus intereses. Finalmente coincido con Waldron en que será especialmente preocupante si la mayoría cuyos intereses están en juego es la que toma la decisión mayoritaria que los

Rector ha suplantado al Congreso en su importantísima función de representar equitativamente la diversidad y canalizar respetuosamente el desacuerdo a través de la deliberación.

Esta circunstancia, así como otras posibles deficiencias de la deliberación dentro y fuera del Parlamento que no respetan la pluralidad y los desacuerdos¹²¹, junto con la imposibilidad de que los legisladores prevean todos los supuestos de conflicto que surgen con la aplicación de la ley¹²², pueden ser razones suficientes para aceptar un control judicial.

Ahora bien, una cosa es aceptar el control judicial como mecanismo que sirva para fortalecer la política deliberativa y otra es que los jueces tengan la última palabra sobre la interpretación. De hecho, es necesario respetar las creencias y el esfuerzo de los demás por resolver los problemas que implican los derechos¹²³, lo que se traduce en respetar los procedimientos deliberativos en los que la igualdad y la autonomía política de las personas son garantizadas¹²⁴, como sucede cuando se cumple el procedimiento legislativo. Esto nos lleva a adoptar un modelo en que los jueces no ostenten la última palabra sobre la interpretación de la Constitución¹²⁵; es decir,

protege o, en otras palabras, si la minoría no escuchada es la minoría cuyos intereses se ven afectados. Véase *ibid.*, p. 1401.

¹²¹ En este sentido Waldron señala que nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra. La democracia y la decisión mayoritaria sólo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones que establecen un contexto deliberativo. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 339. Ésta es una lectura deliberativa de la regla mayoritaria, según la cual la legitimidad de la decisión no reside sólo en los números, sino en que haya sido adoptada por una mayoría a través de procedimientos racionales de deliberación y de toma de decisiones, cuyos resultados tienen una presunción de racionalidad en tanto no se demuestre lo contrario. Véase Seyla BENHABIB, «Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy», *op. cit.*, p. 33.

¹²² Incluso Waldron acepta la posibilidad de un control judicial débil (puede analizar la constitucionalidad de la legislación, pero no puede dejar de aplicarla o moderar su aplicación por considerar que viola derechos fundamentales) que pueda suplir la imposibilidad de previsión por parte de los legisladores de los problemas que conlleva una ley o los conflictos de derechos que pueden surgir de su aplicación. Véase Jeremy WALDRON, «The Core of the Case Against Judicial Review», *op. cit.*, pp. 1355 y 1370.

¹²³ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

¹²⁴ A diferencia del Parlamento, en el procedimiento judicial no son las partes, sino el juez, el que toma la decisión. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 32. Así, si bien estimo que la justicia constitucional puede ayudar a que efectivamente se garantice la igualdad y la autonomía política dentro y fuera del Parlamento y, en ese sentido, puede fortalecer la política deliberativa, el método para la toma de decisión no es democrático. Por ello el juez debe buscar fortalecer la deliberación sin pretender (e institucionalmente no debería poder hacerlo) imponer su visión.

¹²⁵ Jeremy WALDRON, «The Core of the Case Against Judicial Review», *op. cit.*, p. 1393,

que permita la continuación del diálogo entre jueces y Parlamento con posterioridad a la sentencia.

En otras palabras, tampoco comparto la idea de que si la última palabra no está en manos de los legisladores nuestra única opción sea dársela a los jueces. En efecto, una vez que reconocemos la indeterminación máxima de los derechos fundamentales y el hecho del pluralismo, como lo hace Alexy, a la vez que aceptamos los beneficios que conlleva la deliberación, tal vez sea mejor buscar una tercera alternativa en la que tanto jueces como legisladores se envuelvan —a través de decisiones autoritativas— en una *ongoing discussion* sobre la interpretación de la Constitución. De hecho, considero que el nuevo procedimiento DGI en el amparo mexicano camina por esta vía, es decir, la del diálogo constitucional.

En los modelos dialógicos el proceso de interpretación se lleva a cabo a través de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden¹²⁶. Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción¹²⁷. En esa tesitura, el diálogo no sólo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva¹²⁸ en la que «las razones constituyen la moneda de un intercambio discursivo mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica»¹²⁹.

e *id.*, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 284. Para Waldron, ése sería un sistema en el que la última palabra queda en manos del legislador.

¹²⁶ Owen M. FISS, «The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice», *Harvard Law Review*, vol. 93:1, 1979, p. 45. Ésta es una definición propia y no sigue al pie de la letra la propuesta por Fiss.

¹²⁷ Una distinción semejante la hace Tremblay al hablar de diálogo como conversación y diálogo como deliberación. Véase Luc. B. TREMBLAY, «The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures», *Int'l J. Const. L.*, vol. III, núm. 4, 2005, pp. 630-632 y 638.

¹²⁸ Christopher F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York, Cambridge, 2007, p. 70.

¹²⁹ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 98.

2. Es absurdo pensar que el legislador se puede autocontrolar, pues sería juez en su propia causa

Uno de los autores que ha contradicho este argumento es Jeremy Waldron, diciendo que «casi cualquier regla de decisión concebible conllevará eventualmente que alguien decida en su propia causa, en uno o tal vez dos sentidos»¹³⁰. En el primer sentido, porque las decisiones inevitablemente serán tomadas por personas cuyos propios derechos resultan afectados por ellas, pues hasta el magistrado de la Corte Suprema acaba teniendo los mismos derechos sobre los que él decide¹³¹. En el segundo sentido, porque «a menos que imaginemos una cadena de apelaciones interminable, siempre habrá alguna persona o institución cuya decisión será la última»¹³², la que debiera quedar en manos del legislador en tanto «la comunidad en su conjunto intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de todos los miembros de la comunidad e intenta hacerlo sobre la base de una igual participación»¹³³.

En mi opinión, Waldron confunde qué se está diciendo con el argumento de que nadie puede ser juez en su propia causa. Pues si bien es verdad que los derechos de los jueces de las Cortes Supremas se ven afectados por las decisiones que ellos mismo toman, eso no quiere decir que la decisión que juzgan —la ley— haya sido expedida por ellos. Es decir, el argumento de Alexy de que nadie puede ser juez en su propia causa se refiere a que la decisión que se está juzgando —la ley— haya sido tomada por las mismas personas que la evalúan en segunda instancia —los legisladores—, lo que no sucede con el control judicial de constitucionalidad. De hecho, puede decirse que en el caso del autocontrol legislativo la invocación del *nemo iudex* sí es apropiada, al contrario de lo que piensa Waldron, en la medida que «un individuo o fracción (la mayoría) se propone resolver una cuestión que concierne a sus propios intereses (la ley), y éstos se oponen a los de otro individuo o fracción (la minoría) o a los del resto de la comunidad»¹³⁴ (paréntesis añadidos).

Detengámonos un momento sobre este punto. Como he explicado, para Waldron no es posible invocar el *nemo iudex*, pues se trata de «resol-

¹³⁰ Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 354.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 354 y 355.

¹³² *Ibid.*, p. 355.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

ver alguna cuestión relativa a los derechos de *todos* los miembros de la comunidad»¹³⁵, lo que debiera hacerse a través de un procedimiento en el que todos puedan participar¹³⁶. Y es verdad, si no nos enfocamos en «la ley» expedida por «una mayoría», sino en los «derechos de todos», resulta evidente que cualquiera que tome la decisión —sean jueces o legisladores— estará decidiendo sobre sus propios derechos, lo que por respeto a la autonomía debiera hacerse a través de un procedimiento en el que todos pudiéramos participar. Sin embargo, en mi opinión, no es correcto enfocarnos en los «derechos» como lo hace Waldron, pues de lo que se trata es de evaluar —procedimental y/o sustantivamente— una de las interpretaciones que se hacen de nuestros derechos, la interpretación de la mayoría parlamentaria. Ahora bien, eso no significa que la decisión última deba quedar en manos de los jueces. Con ello conecto con el segundo punto.

Cosa distinta —y en esto sí tiene razón Waldron— es que cuando los jueces deciden sobre sus propios derechos, ostentando la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, «están dictando una regla *ipso facto* sobre la aceptabilidad de su propio punto de vista»¹³⁷. Este último punto es correcto siempre y cuando se presuponga, como lo hace Waldron, que las decisiones de los jueces cierran la discusión sobre la interpretación de los derechos, es decir, si ostentan la última palabra¹³⁸. Sin embargo, si esta característica institucional no se da, su opinión pierde fuerza, pues en dicho caso el dictado de una sentencia no implicaría que los legisladores ordinarios estuvieran impedidos para revertir la decisión del tribunal, es decir, para hacer valer su interpretación de los derechos en una *ongoing discussion*¹³⁹.

Así, en un modelo dialógico en el que tanto jueces como legisladores representan un papel —aun cuando sea preponderante el de este últi-

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ En efecto, Waldron se cansa de criticar las decisiones de los jueces que son «finales», «últimas», «vinculantes», «prevalecen» o que «reverten» las decisiones de los legisladores. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 23, 190, 316, 351, 357 y 361, e *id.*, «The Core of the Case Against Judicial Review», *op. cit.*, pp. 1348, 1350, 1355, 1360, 1363 y 1370. De hecho, el propio Waldron acepta controles judiciales «débiles» que sean efectivos, pero no como el de Canadá que ha caído en desuso. Cfr. *ibid.*, pp. 1356 y 1357.

¹³⁹ Para Waldron, la pretensión de respeto al representante es en gran medida una función de la pretensión de respeto de sus electores. Así, ignorar al primero, o menospreciar o desestimar sus puntos de vista, es una forma de ignorar, menospreciar o desestimar los puntos de vista de los electores. Véase Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

mo—, en el que ninguno de los dos tiene la última palabra sobre la interpretación, no son los jueces los que dictan *ipso facto* la aceptabilidad de su propio punto de vista. Pero, además, en un modelo dialógico el argumento de *nemo iudex* pierde sustento, pues ya no se puede decir que sea la mayoría legislativa la que evalúe la ley, sino que esto se hace a través de una discusión continua entre jueces y legisladores.

3. La necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa

La necesidad de una decisión autoritativa parte de la limitación del discurso práctico general de alcanzar soluciones vinculantes a falta de un acuerdo discursivo¹⁴⁰. En este sentido, Habermas apunta que el falibilismo de las decisiones queda compensado por un procedimiento jurídico que garantiza decisiones a plazo fijo, inequívocas y vinculantes¹⁴¹. Con ello podría parecer que Habermas coincide con Alexy en la necesidad de una decisión autoritativa o de última palabra, sin embargo, el filósofo de Frankfurt también señala lo siguiente: «La regla de la mayoría conforme a la que, en *los tribunales de justicia de composición colegial*, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración se decide sobre los asuntos de que se trate [...] mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una *discusión interrumpida*, que no fija, por así decir, sino el resultado *provisional* de una permanente formación discursiva de la opinión»¹⁴². En otras palabras, se trata de una decisión falible pero no definitiva, resultado de una argumentación interrumpida en vista de la necesidad institucional de decidir pero que en principio puede retomarse¹⁴³.

Demos una vuelta más al argumento, pues para algunos aceptar un modelo dialógico en el que ninguno de los poderes tenga la última palabra sobre la interpretación constitucional conlleva el riesgo de anarquía. Así, los defensores de que sean los jueces los que tenga la última palabra interpretativa (supremacía judicial) justifican esta medida en tanto da seguridad respecto a qué es lo que debe hacerse, tornando previsible y consistente la actuación de todos los poderes. Así piensan que en la medida en que la ley, y, en particular, una Constitución escrita, pretende servir como instrumen-

¹⁴⁰ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 202.

¹⁴¹ Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 247.

¹⁴² *Ibid.*, p. 247.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 247 y 248.

to para la resolución de disputas, es necesario que el tribunal defina terminantemente los problemas que pueden surgir de su indeterminación. De lo contrario, es decir, lo que denominan como una visión «protestante» de la interpretación constitucional (que significa dejar que cada órgano decida lo que la Constitución requiere), reduciría la utilidad de la Constitución como medio para la resolución de conflictos y conduciría a la anarquía¹⁴⁴.

En mi opinión, esta postura parte de una premisa errónea al equiparar los diferentes fines a los que sirven la Constitución y la ley. Mientras que la ley vale para cerrar la discusión sobre lo que debe hacerse, con el fin de evitar los conflictos que surgen cuando cada uno determina por sí mismo lo que es justo e injusto, la Constitución deja abierta la discusión al prever principios y directrices abstractas e indeterminadas¹⁴⁵. De hecho, la apertura de las normas constitucionales permite que sea «la política democrática la que dé la respuesta que en cada momento aparezca como la deliberativamente mejor a todas aquellas cuestiones que se nos presentan como inevitablemente controvertibles»¹⁴⁶. Por ello es que, desde mi perspectiva, la función del juez como intérprete constitucional no puede ser la de terminar la deliberación a través de sus sentencias —que el propio constituyente quiso dejar abierta—, sino la de promoverla.

Por otro lado, la tesis de la anarquía comete una falacia al plantear la cuestión en términos dicotómicos, como si la falta de supremacía judicial nos condujera inexorablemente a la anarquía. En efecto, la diferencia entre un sistema con supremacía judicial y otro más cooperativo como el que aquí se defiende (en el que ningún actor tiene la última palabra

¹⁴⁴ Larry ALEXANDER y Frederick SCHAUER, «On extrajudicial constitutional interpretation», *Harvard Law Review*, vol. CX, 1997, pp. 1359 y ss.

¹⁴⁵ Como explican Atienza y Ruiz Manero, las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir, mientras que los principios no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir, sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación. Aunque también es cierto que las leyes pueden contener principios y la Constitución reglas. Véanse Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17 y 19. En el mismo sentido véase la opinión de Juan Ruiz Manero en Luigi FERRAJOLI y Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 80 y 81. En una posición contraria, Ferrajoli se pronuncia en contra de la apertura que dejan los principios a la legislación y a la jurisdicción, y a los consiguientes espacios de discrecionalidad y a veces arbitrariedad. Véase *ibid.*, p. 84.

¹⁴⁶ Juan RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, *op. cit.*, p. 86. Aun cuando Ruiz Manero acepta y da la bienvenida a la deliberación democrática, limita ésta a la selección de los medios ordenados por las directrices, pero la aleja cuando se trata de determinar los fines previstos en los principios constitucionales; tarea que corresponde centralmente a los órganos de control jurisdiccional. Véase *ibid.*, pp. 87 y 91.

sobre la interpretación) es una cuestión de grado, pues en cualquier sistema hay falta de certeza e inestabilidad¹⁴⁷. Por otro lado, si bien es cierto que el conflicto es un ingrediente natural de los modelos cooperativos, los acuerdos sobre ciertas prácticas e interpretaciones reducen su frecuencia e intensidad¹⁴⁸.

IV. EL NUEVO PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL AMPARO MEXICANO

A diferencia del modelo de justicia constitucional que defiende Alexy, estimo que el procedimiento establecido por el constituyente permanente mexicano sí es un mecanismo que puede lograr el equilibrio entre las competencias de la Suprema Corte y las del legislador democrático¹⁴⁹, que cumple además con los postulados del paradigma discursivo.

1. Antecedentes

Como es de sobra conocido, el juicio de amparo y los efectos relativos de las sentencias dictadas tienen sus antecedentes en el proyecto de Constitución (aprobado finalmente por el Congreso) para el Estado de Yucatán de 1840 elaborado por Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante; el voto particular de Mariano Otero presentado en la Comisión del Congreso Constituyente de 1846, que sería aprobado por el Congreso como «Acta de Reformas» a la Constitución de 1824, promulgado el 21 de mayo de 1847, y los constituyentes de 1857¹⁵⁰.

El juicio de amparo tal y como hoy lo conocemos es un proceso multifacético¹⁵¹; sin embargo, en este trabajo sólo nos interesa el «amparo

¹⁴⁷ Larry KRAMER, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 234.

¹⁴⁸ Christopher F. ZURN, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 268 y 296.

¹⁴⁹ Objetivo que se propone Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 483.

¹⁵⁰ Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 190, 193-196, 478, 483, 485, 487 y 493.

¹⁵¹ El amparo mexicano comprende cinco tipos de procesos enfocados a: la tutela de la libertad personal, lo que normalmente corresponde al *habeas corpus*; la impugnación de nor-

ro indirecto contra leyes». En este procedimiento se pueden impugnar normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso¹⁵². Se conoce como amparo indirecto porque en un principio, incluso ya vigente la Constitución de 1917, las leyes sólo podían impugnarse con motivo de su aplicación, no así por su sola entrada en vigor. Sería hasta la Ley de Amparo de 1936, por influencia de Emilio Rabasa, que se permitiría la vía directa o de acción para impugnar las leyes¹⁵³.

Este procedimiento debe interponerse en primera instancia ante un juez de distrito¹⁵⁴ y en segundo grado, si se hace valer el recurso de revisión, ante la Suprema Corte o, en su caso, ante el tribunal colegiado de circuito¹⁵⁵. Si se impugnan normas generales, el quejoso debe señalar como actos reclamados la expedición y promulgación de la norma general¹⁵⁶, y como autoridades responsables, a los titulares de los órganos de Estado a los que la ley encomiende su promulgación¹⁵⁷. Esto significa que los órganos legislativos concurren al juicio como partes demandadas y, por tanto, tienen la oportunidad de defender la norma general impugnada.

Una de las características fundamentales del juicio de amparo mexicano es lo que se conoce como la «fórmula Otero», es decir, los efectos particulares de la sentencia que otorga el amparo¹⁵⁸. Así, por ejemplo, el

mas generales; la impugnación de resoluciones judiciales; para el combate de actos y decisiones de las autoridades administrativas federales y locales, y el régimen procesal aplicable a los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria de propiedad social. Véase Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 628-631.

¹⁵² Art. 107 de la nueva Ley de Amparo (LA). Otra posibilidad para impugnar leyes en el amparo mexicano es a través del amparo «directo», prejudicial o incidental, que consiste en impugnar una resolución judicial por considerar que la misma se dictó con base en una ley inconstitucional. Véase *ibid.*, p. 203. En este supuesto, los órganos legislativos no son llamados como autoridades demandadas y las normas generales no se señalan como actos reclamados, sino que se cuestionan en los conceptos de violación (art. 175, fracción IV, LA).

¹⁵³ Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 199, 200 y 637.

¹⁵⁴ Arts. 107, fracción VIII, de la Constitución, y 35 y ss. LA.

¹⁵⁵ Arts. 94, párr. 8, y 107, fracción VIII, de la Constitución; arts. 81, fracción I, inciso d); 83; 84, y 85 LA, y art. 37, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF). Véase también el Acuerdo General núm. 5/2001, de 21 de junio, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, versión actualizada del 6 de octubre de 2011. De especial relevancia son los puntos tercero, fracción III, y quinto, fracción I.

¹⁵⁶ Art. 108, fracción IV, LA.

¹⁵⁷ Art. 108, fracción III, LA.

¹⁵⁸ Esto significa, tratándose del amparo contra leyes, que la norma general declarada inconstitucional no podrá volver a ser aplicada al quejoso en aquello por lo que fue declarada inconstitucional. Véase Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2004, p. 113.

art. 25 del Acta de Reformas mencionada establecía: «Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; *limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o actos que lo motivare*» (la cursiva es mía).

La adopción de los efectos particulares se debió a la influencia que la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, tuvo sobre Crescencio Rejón y Otero¹⁵⁹. Por influencia del pensador francés los padres del amparo querían adoptar la revisión judicial de constitucionalidad de leyes que existía en Estados Unidos. Para Tocqueville, los efectos particulares tenían el beneficio de no permitir que el juez se hiciera superior a la ley o colocarlo en una posición contraria al poder legislativo. La ley no sería herida más que por casualidad. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, la ley llegaría a sucumbir¹⁶⁰. Estos argumentos fueron adoptados también por el constituyente de 1857¹⁶¹.

2. La batalla por superar la «fórmula Otero»

La batalla por superar la fórmula Otero es de larga data. Ya en 1970, en una comunicación presentada por Héctor Fix Zamudio, se denunciaba el rezago del juicio de amparo mexicano y, en particular, del amparo contra leyes que prevenían los efectos particulares¹⁶². Estimaba que los efectos particulares vulneraban la igualdad de todos los gobernados frente a la ley, «ya que ésta se aplica a todos los que no obtuvieron la protección, pero quedan exentos los favorecidos con la declaración particular»; la economía procesal se vería favorecida, ya que se evitaría la constante impugnación de un mismo ordenamiento declarado inconstitucional, y sería un factor para nivelar las desigualdades económicas que impiden a muchos contratar un abogado especializado en amparo¹⁶³.

¹⁵⁹ Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 194 y 195.

¹⁶⁰ Alexis TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, trad. de Amelie Cuesta Basterrechea, 2.^a ed., México, Gernika, 2003, p. 96.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 196-198.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 18, 189, 190 y 231.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 231, 460, 968 y 970.

En este sentido, Fix Zamudio propuso que cuando el pleno de la Suprema Corte estableciera jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones previstos en la Ley de Amparo, el quinto fallo se publicara en el *Diario Oficial de la Federación* y, a partir de ese momento, la disposición legal quedara sin efectos para el futuro¹⁶⁴. También planteó la posibilidad, siguiendo los ordenamientos constitucionales de Yugoslavia (1963 y 1974) y de Perú (1980), de que la sentencia de la Suprema Corte se comunicara al órgano legislativo para que sustituyera el ordenamiento inconstitucional, y si no lo hacía en determinado plazo, el respectivo tribunal publicaría el fallo, que produciría efectos generales¹⁶⁵.

Aunado a lo anterior, más recientemente Arturo Zaldívar señaló que la justificación del principio de relatividad seguida por Rejón «privilegia la defensa del interés personal frente a la defensa del orden constitucional como tal», consideración que no es válida para pensar hoy el control constitucional de normas generales¹⁶⁶. Así, para el ministro de la Suprema Corte, los efectos generales de las sentencias suponen: *a)* «la introducción de un supuesto objetivo en el juicio, en tanto que no sólo se estará discutiendo el derecho alegado por un particular, sino la capacidad de las normas generales respecto de la Constitución»¹⁶⁷; *b)* «colocar a los órganos del poder judicial de la Federación como constructores de la Constitución y del orden jurídico, y como límite a los posibles excesos de las mayorías parlamentarias»¹⁶⁸, y *c)* «construir una justicia constitucional que ante todo defienda la supremacía de la Constitución y coadyuve en el camino hacia una mejor igualdad real entre los gobernados y un más eficaz acceso a la justicia»¹⁶⁹.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 233, 460 y 971.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 461.

¹⁶⁶ Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., pp. 108 y 109. Zaldívar coincide con los argumentos de Fix Zamudio, pues considera que el principio de relatividad vulnera la supremacía constitucional al permitir que normas declaradas inconstitucionales sean aplicadas a los que no obtuvieron el amparo, afecta la regularidad del orden jurídico, vulnera la igualdad ante la ley, descalifica a México como una democracia sustancial y constituye una injusticia *per se* ante las desigualdades económicas que no permiten a todos contratar un abogado especialista. Véase *ibid.*, pp. 115-118.

¹⁶⁷ Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., p. 122.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 121.

3. Proyecto de nueva Ley de Amparo

Como relata Fix-Zamudio en 1999, la Suprema Corte convocó a la comunidad jurídica mexicana de todo el país para formular propuestas para la elaboración de una nueva Ley de Amparo. Asimismo, designó una Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, coordinada por el ministro de la Suprema Corte, Humberto Román Palacios, y en la cual participaron, además del propio Fix Zamudio, entre otros, los actuales ministros Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea¹⁷⁰. Esta Comisión propuso, entre otras cosas, abandonar los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad para adoptar los efectos *erga omnes* cuando la Suprema Corte estableciera jurisprudencia obligatoria derivada de amparos indirectos en revisión, la cual se conformaría con tres fallos en el mismo sentido votados por al menos ocho ministros del pleno en tres sesiones distintas¹⁷¹. La limitación de que fuera sólo en amparos indirectos en revisión deriva de que en esta vía la norma general es el acto reclamado y en los resolutivos de la sentencia se pronuncia sobre su inconstitucionalidad¹⁷². La declaratoria sería formulada treinta días hábiles contados a partir de la aprobación de la jurisprudencia, sería publicada en el *Diario Oficial de la Federación*¹⁷³, establecería la fecha a partir de la cual surtiría sus efectos, así como los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad, y prevería que no tendría efectos retroactivos, salvo en materia penal¹⁷⁴.

4. Reforma constitucional de 2011 y nueva Ley de Amparo de 2013

Como veremos en seguida, el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo indirecto en revisión establecido por el constituyente permanente siguió la mayoría de las pautas recomendadas por la academia, así como por la Comisión creada en 1999. Dicho procedimiento está previsto en el art. 107, fracción II:

¹⁷⁰ Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 901.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 909 y 971.

¹⁷² Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., p. 123.

¹⁷³ Héctor FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., p. 972.

¹⁷⁴ Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., pp. 123 y 127.

«Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del poder judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de al menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria».

Por su parte, la Ley de Amparo establece en el título IV, capítulo VI, lo siguiente:

«*Artículo 231.* Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Lo dispuesto en el presente capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del art. 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de al menos ocho votos.

Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal o en la Constitución local, según corresponda.

Artículo 233. Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

- I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos.
- II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad».

En primer lugar, debo hacer notar que el procedimiento para la DGI no es igual si se trata de las salas o el pleno de la Suprema Corte que si se trata de los plenos de circuito. Para percibir esta diferencia empiezo por describir el procedimiento que deben seguir las *salas o el pleno de la Suprema Corte*:

- *Primera* declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- *Segunda* declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* informa a la autoridad emisora.
- El *legislador* tiene la oportunidad de expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional.
- *Tercera* declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- *Cuarta* declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- *Quinta* declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes* y se conforma jurisprudencia por reiteración)¹⁷⁵.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* notifica a la autoridad emisora, la cual tiene noventa días naturales para modificar o derogar la norma. El *legislador* tiene la oportunidad de modificar, derogar o expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional. La *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, con el voto de ocho ministros, puede dictar

¹⁷⁵ Arts. 222 y 223 LA.

la declaratoria *general* de inconstitucionalidad (invalidez) siempre y cuando hayan pasado los noventa días sin que se haya modificado o derogado la norma o las razones expresadas para no hacerlo no convenzan al menos a cuatro ministros¹⁷⁶. El *legislador* puede responder con un texto similar o idéntico al invalidado¹⁷⁷.

Pues bien, como vemos, tratándose del pleno o las salas de la Suprema Corte, una vez que se haya dado la segunda declaratoria de inconstitucionalidad, ésta está obligada a dar un primer aviso a la autoridad emisora¹⁷⁸. Este aviso es un buen incentivo para que el legislador conteste y dé las razones por las que considera que la norma sí es constitucional¹⁷⁹. Desafortunadamente, tratándose del procedimiento establecido para la jurisprudencia formada por los tribunales de circuito, este aviso parece no ser obligatorio. Así, conforme a una interpretación literal del art. 231 de la Ley de Amparo, la obligatoriedad del primer aviso sólo se aplica para los casos en los que el pleno y salas de la Suprema Corte resuelvan la inconstitucionalidad de una norma por segunda vez consecutiva, y no así cuando lo hagan los tribunales de circuito. En efecto, el art. 233 de la Ley de Amparo relativo a los tribunales de circuito señala que los plenos de circuito¹⁸⁰ pueden solicitar por mayoría de votos a la Suprema Corte que inicie el proce-

¹⁷⁶ La Suprema Corte cuando sesiona en Pleno se conforma por once ministros, aunque puede sesionar con siete, salvo en el caso de declaratorias generales de inconstitucionalidad que se necesita de ocho (arts. 2 y 4 LOPJF).

¹⁷⁷ La posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las DGI no está regulada en el título IV, capítulo VI, LA, sobre el procedimiento DGI, sino que se desprende de la no vinculación del legislador a la doctrina de la Suprema Corte, como veremos más adelante.

¹⁷⁸ Sobre las dos primeras declaratorias de inconstitucionalidad me surge la siguiente duda. Conforme al art. 231 LA estas declaratorias se pueden hacer en una o en distintas sesiones. Sin embargo, el art. 232 LA señala que para dar el segundo aviso se tiene que haber conformado jurisprudencia por reiteración, la que, según el art. 222 LA, se establece cuando se sustenta un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, *resueltas en diferentes sesiones*. Así, la duda es si las dos primeras declaratorias que se dictan en una sesión computan o no para el establecimiento de la jurisprudencia por reiteración y, por ende, para dar el segundo aviso.

¹⁷⁹ Éste fue el propósito expresado por los propios legisladores en la iniciativa de reforma constitucional presentada en la Cámara de Senadores (p. 12), y así se reiteró en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos (p. 6).

¹⁸⁰ Art. 94 de la Constitución: «Asimismo [el Consejo de la Judicatura Federal] mediante acuerdos generales establecerá plenos de circuito atendiendo al número y especialización de los tribunales colegiados que pertenezcan a cada circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento». Art. 41 bis LOPJF: «Los plenos de circuito son los órganos facultados para desarrollar las funciones señaladas en el art. 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se compondrán por los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del circuito respectivo o, en su caso, por sus presidentes».

dimiento DGI cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia por reiteración¹⁸¹. Es decir, que se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por unanimidad¹⁸².

Esta regulación tiene asidero constitucional en el texto del art. 107.f).II, segundo párrafo, de la Constitución, pues éste no especifica qué órgano del poder judicial federal es el que conoce del amparo indirecto en revisión cuando establece la obligación del primer aviso: «Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente». Es decir, no precisa qué órgano es el que resuelve la inconstitucionalidad por segunda ocasión consecutiva y, por tanto, queda en manos del legislador si establece dicha obligación también para el caso de los tribunales de circuito.

Ahora bien, existe una segunda interpretación que sí hace obligatorio el primer aviso tratándose de los tribunales de circuito. Esto es así, pues el texto del art. 107, fracción II, segundo párrafo, señala: «Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación *lo informará* a la autoridad emisora correspondiente» (la cursiva es mía). Es decir, según esta segunda interpretación del texto constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la obligación —no es facultativo— de informar sobre la segunda declaratoria de inconstitucionalidad, con independencia de que la haya dictado la propia Corte o los tribunales de circuito. En ese sentido, el art. 231 de la Ley de Amparo tendría una laguna y debería interpretarse incluyendo a las declaratorias de inconstitucionalidad dictadas por los tribunales de circuito.

Ahora bien, si nos atenemos a la práctica que la Suprema Corte ha tenido hasta el momento¹⁸³, tratándose de las declaratorias de inconstitucionalidad de los tribunales de circuito este primer aviso no es obligatorio. Desde una perspectiva dialógica éste es un error grave en tanto priva

¹⁸¹ En este mismo sentido el art. 41 ter, fracción IV, LOPJF. Si bien el art. 233 LA no especifica que la jurisprudencia establecida por los tribunales de circuito deba ser por reiteración, esto queda claro conforme al art. 107, fracción II, tercer párrafo, de la Constitución, que señala: «Cuando los órganos del poder judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración».

¹⁸² Art. 224 LA.

¹⁸³ Consúltese <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>.

al poder legislativo de la posibilidad de entablar un diálogo con los jueces antes de que continúen reiterando sus criterios. Sin embargo, esta práctica no es casual, pues si la Suprema Corte diera ese primer aviso, el diálogo se entablaría entre el tribunal de circuito que dictó la declaratoria y el órgano emisor. Por el contrario, si el aviso se da una vez que se tenga la jurisprudencia por reiteración, el órgano emisor tiene interés en convencer a la Suprema Corte, y no a los tribunales de circuito que emitieron la jurisprudencia, en tanto es la Corte la facultada para declarar la inconstitucionalidad de la norma con efectos generales.

Aclarado lo anterior, tenemos que el procedimiento tratándose de *tribunales de circuito* es el siguiente:

- Primera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- Segunda declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- Tercera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- Cuarta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes*).
- Quinta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos *inter partes* y se conforma jurisprudencia por reiteración).

Los *tribunales de circuito* solicitan al pleno de circuito correspondiente que solicite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el inicio del procedimiento DGI. El *pleno de circuito* correspondiente puede solicitar a la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento DGI. La *Suprema Corte de Justicia de la Nación* debe notificar al órgano emisor de la norma que tiene noventa días para modificarla o derogarla¹⁸⁴. El *legislador* tiene la oportunidad de modificar, derogar o expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional.

La *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, con el voto de ocho ministros, puede dictar la declaratoria *general* de inconstitucionalidad (invalidez) siempre y cuando hayan pasado los noventa días sin que se haya modificado o derogado la norma o las razones expresadas para no hacerlo no convenzan al menos a cuatro ministros. El *legislador* puede responder con un texto similar o idéntico al invalidado¹⁸⁵.

¹⁸⁴ La obligatoriedad de la notificación ha sido establecida por la propia Suprema Corte en la Declaración General de Inconstitucionalidad 2/2012, foja 4.

¹⁸⁵ Como he dicho anteriormente, la posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las DGI no está regulada en el título IV, capítulo VI, LA, sobre el procedimiento DGI, sino que se desprende de la no vinculación del legislador a la doctrina de la Suprema Corte, como veremos más adelante.

Detengámonos en otra cuestión del procedimiento relativo a los tribunales de circuito. Como he dicho más arriba, una vez que el pleno de circuito solicita a la Suprema Corte el inicio del procedimiento DGI ésta *debe* notificar al poder legislativo que haya expedido la norma, según lo dispuesto en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2012. Así, la Corte ha resuelto un problema interpretativo. Antes de resolverse dicha Declaratoria no había claridad sobre si la Suprema Corte tiene o no la obligación de iniciar el procedimiento DGI una vez que se lo solicite un pleno de circuito. Conforme a la exposición de motivos de la iniciativa presentada en el Senado, la Suprema Corte es la que «determina si ha lugar a iniciar dicho procedimiento» (p. 45). Ahora bien, conforme al art. 107 es posible interpretar que el inicio del procedimiento sí es obligatorio para la Corte, al establecer que: «Cuando los órganos del poder judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo *notificará* a la autoridad emisora» (la cursiva es mía). De acuerdo con esta segunda interpretación, la Corte tiene la función de notificar a la autoridad emisora, sin que sea potestativo hacerlo.

El problema con esta interpretación es que no resulta lógico obligar a la Corte a iniciar un procedimiento si desde un principio sabe que no será posible reunir los ocho votos para la DGI. Por otro lado, se podría contrargumentar diciendo que la realización efectiva o no de esa posibilidad sólo se puede saber hasta que el poder legislativo tenga otra oportunidad para expresar sus razones. Es decir, que la posición de lo mayoría calificada de los ministros no está fijada de antemano, sino que es el resultado de escuchar los argumentos del órganos emisor de la norma. En otras palabras, la obligatoriedad de iniciar el procedimiento tendría como consecuencia forzar a los ministros a pensar sobre las razones expresadas en la jurisprudencia de los tribunales colegiados y a escuchar las réplicas del legislador. Como hemos dicho, éste ha sido el camino emprendido por la Corte.

Ahora bien, iniciado el procedimiento DGI, ¿el órgano emisor de la norma y la Corte dialogan? o ¿cuál es la función de la Corte en este caso? En mi opinión, en este caso la Corte actúa como un árbitro que al iniciar el procedimiento DGI adopta provisionalmente la jurisprudencia de los tribunales de circuito y se la transmite al legislador a la espera de su respuesta, que puede ser derogar, modificar o expresar sus razones por las que no adopta ninguna de estas dos acciones. Ahora, para que la Corte pudiera entablar un verdadero diálogo con el legislador como actor independiente tendría que tener la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia de los

tribunales colegiados al dictar la declaratoria general de inconstitucionalidad. Sin embargo, conforme al art. 234 de la Ley de Amparo, esto no es posible. Esta prohibición tiene su lógica en que la jurisprudencia por reiteración implica una reflexión pausada¹⁸⁶, lo que no sucedería en la misma medida si la Corte pudiera apartarse de la jurisprudencia por reiteración generada por los tribunales colegiados.

5. Una perspectiva dialógica del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad

En el apartado anterior hice algunas referencias a la forma en que, a través del procedimiento DGI, se estableció un proceso dialógico entre los ministros de la Corte y el poder legislativo. Asimismo, hice notar que, en el caso del procedimiento establecido para los tribunales de circuito, la falta del primer aviso es un error del procedimiento y la Corte adopta un papel preponderante a pesar de no ser la que generó las razones y dictó las cinco sentencias de inconstitucionalidad.

En efecto, es llamativo el poder que la Corte obtiene de los dos rasgos institucionales antes mencionados: 1) el monopolio sobre la DGI, y 2) la no obligatoriedad del primer aviso en el procedimiento aplicable a los tribunales colegiados. Estas dos características hacen que la Corte sea la que a final de cuentas hable por *todos* los órganos del poder judicial federal con *todos* los poderes legislativos del país, ya sea el federal o los estatales.

Veamos ahora cuáles son las otras características dialógicas del procedimiento. En primer lugar, recordemos que, al tratarse de amparos indirectos, los órganos legislativos son llamados como partes demandas en los procedimientos judiciales, lo que les permite expresar las razones por las que consideran que la ley es constitucional. Aunque, como se ha mencionado antes, en los procedimientos judiciales no hay un diálogo en sentido estricto entre el juez y el legislador, pues el primero no está en una posición de igualdad en relación con las partes en el litigio. Prosigamos con el procedimiento DGI.

Como expliqué más arriba, la teoría discursiva del derecho parte de la idea de que todas las decisiones son falibles, revisables y provisionales. Pues bien, en el procedimiento DGI se establecen mecanismos de obje-

¹⁸⁶ Esta pausa está garantizada institucionalmente por los arts. 222-224, que establecen que las sentencias que sirven para conformar jurisprudencia deben pronunciarse en diferentes sesiones.

ción recíproca¹⁸⁷, como las declaratorias de inconstitucionalidad con efectos *inter partes*, los avisos y las correspondientes oportunidades del legislador para expresar sus razones, que denotan que las decisiones judiciales y legislativas son consideradas falibles, revisables y provisionales.

De hecho, el primer aviso que se da de las dos primeras declaratorias de inconstitucionalidad con efectos *inter partes* sirven para advertir al Congreso sobre posibles vicios de constitucionalidad y de la posibilidad de que la decisión política sea vetada por la Suprema Corte, lo que da oportunidad al Congreso para ensayar otras políticas alternativas o defender la ley cuestionada¹⁸⁸. En este último caso, el Congreso pretende convencer a los jueces de que sus decisiones pueden estar equivocadas.

Lo mismo sucede con el segundo aviso que se da cuando ya se conformó la jurisprudencia por reiteración, en tanto la ocasión que tiene el Congreso para modificar o derogar la norma también es una oportunidad para expresar las razones que le llevan a insistir en su postura, con el fin de convencer a los ministros de la Corte de que la jurisprudencia es errónea y, por tanto, que no deben dictar la DGI. Así, los ministros podrán tener en cuenta la conducta deliberativa que el Congreso haya tenido después del primero y segundo avisos¹⁸⁹.

Ahora bien, para que el procedimiento DGI sea efectivamente discursivo tendría que cumplir con una última condición. Para ello tenemos que plantearnos si la interpretación que sostiene la declaratoria general de inconstitucionalidad representa la última palabra interpretativa o si el legislador ordinario —con quien se entabló el diálogo— tiene la posibilidad de debatir la interpretación a través de una respuesta legislativa ordinaria.

¹⁸⁷ Para Forst, el rasgo más importante que deben cumplir las instituciones en una democracia deliberativa es la posibilidad de objetar recíprocamente las decisiones. Véase Rainer FORST, *The right to justification*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁸⁸ Sebastián LINARES, «El diálogo democrático entre las Cortes y las instituciones representativas», *Revista Mexicana de Sociología*, vol. LXX, núm. 3, julio-septiembre de 2008, p. 522. En el modelo propuesto por Linares las instancias judiciales inferiores dictan declaraciones de incompatibilidad al estilo británico, no así inaplicación de la norma.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 522. Téngase en cuenta que las reflexiones de Linares no se hicieron a la luz del procedimiento DGI, sino en relación con una de sus propuestas para fomentar el diálogo interorgánico. Sin embargo, es posible aventurar que el excelente trabajo de Sebastián Linares influyó en el diseño del nuevo procedimiento DGI.

6. La posibilidad de respuesta del legislador ordinario a las declaratorias generales de inconstitucionalidad

La viabilidad de respuesta del legislador ordinario a una declaratoria general de inconstitucionalidad a través de una ley idéntica a la invalidada es un tabú en la doctrina constitucional. El debate incipiente que se ha dado, por ejemplo, en España¹⁹⁰, ni siquiera ha llegado a México¹⁹¹. Por razones de espacio, en esta ocasión no puedo detenerme a repasar los beneficios que en términos democráticos tiene la viabilidad de las respuestas legislativas, así como en distinguir con todo detalle entre figuras fundamentales como los efectos generales de las sentencias constitucionales, la fuerza vinculante de la doctrina (respecto de los jueces y respecto del legislador) y la cosa juzgada constitucional¹⁹².

Me basta con tener en cuenta las siguientes ideas. La viabilidad de las respuestas legislativas ordinarias, además de atender al carácter falible, revisable y provisional de las decisiones democráticas, es consecuente con el respeto que en un sistema democrático debe haber hacia las creencias y argumentos de los demás en un contexto de desacuerdo. Así, si es en el procedimiento legislativo en el que todos pueden participar en igualdad de circunstancias, la justificación de la revisión de sus decisiones por parte del poder judicial no nos lleva a entregarle la última palabra.

La segunda idea consiste en que la posibilidad de que haya respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias generales de inconstitucionalidad depende de la fuerza vinculante que tienen los argumentos (*ratio decidendi*) que sustentan dichos fallos (*decisium*) en un determinado sistema jurídico, específicamente si vinculan o no al legislador.

Pues bien, tratándose de la nueva Ley de Amparo la respuesta a esta última interrogante la encontramos en el art. 217 que establece que:

¹⁹⁰ Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 202. En igual sentido su trabajo «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 43. Véase también Roberto NIEMBRO ORTEGA, «Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto de 2012.

¹⁹¹ Aunque algo he adelantado en Roberto NIEMBRO ORTEGA, «Las respuestas legislativas a las sentencias constitucionales como forma de diálogo constitucional», en Roberto NIEMBRO ORTEGA, Luis POMED SÁNCHEZ y Luis Alberto TREJO OSORNIO (coords.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, México, Porrúa, 2012.

¹⁹² Para ello remito a Roberto NIEMBRO ORTEGA, «Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional», *op. cit.*

«a) La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, *es obligatoria para* éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los plenos de circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales...» (la cursiva es mía).

Como vemos, conforme a lo previsto en la Ley de Amparo, la jurisprudencia no es obligatoria para el legislador y, en esa medida, tiene la posibilidad de responder a las declaratorias de inconstitucionalidad¹⁹³. Alguien podría contraargumentar diciendo que los efectos generales de la declaratoria alcanzan también a la interpretación. En mi opinión, esta postura no se compadece con lo previsto en art. 210 de la Ley de Amparo que establece: «Si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria general de inconstitucionalidad se *aplica* la norma general inconstitucional, el afectado podrá denunciar dicho acto» (la cursiva es mía). Esto es, la declaratoria general implica la nulidad y consecuente expulsión de la norma, lo que impide a todos los ciudadanos y poderes públicos aplicar la disposición en un futuro (incumplir con la sentencia).

Esta precisión es más entendible si tenemos en cuenta cuál fue la razón por la que se establecieron los efectos *erga omnes* de las sentencias. En efecto, el propósito que tenía Kelsen para promover los efectos generales de las sentencias era evitar que distintos jueces tuvieran diferentes opiniones sobre la constitucionalidad de una ley y, por tanto, fuera aplicada en unos casos sí y en otros no, tal y como él percibía que pasaba en el sistema estadounidense o en el sistema austriaco antes de 1920¹⁹⁴. En suma, con el fin de evitar que las cuestiones concernientes a la constitucionalidad de una ley pudieran ser decididas por distintos *jueces* de modo contradictorio, se establecieron los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los casos futuros¹⁹⁵.

En otras palabras, el problema de una diversidad de interpretaciones y, por tanto, de resultados distintos, se vio solucionado permitiendo que

¹⁹³ En una posición contraria véase Eduardo FERRER MACGREGOR y Rubén SÁNCHEZ GIL, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-UNAM-IMDPC, 2013, pp. 219-221.

¹⁹⁴ Hans KELSEN, «El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, trad. de Domingo García Belaunde, 2009, pp. 9-15.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 8.

una sola decisión sobre la inconstitucionalidad de la ley fuera obligatoria para todos los jueces y tribunales, más allá de que coincidieran o no con la interpretación que sustentaba el fallo. De esta forma se resolvía para todos el problema de si una ley era o no constitucional y, por tanto, si podía o no ser aplicada. Ahora bien, lo que esta solución no precisa es qué sucede con el desacuerdo que puedan tener los aplicadores jurídicos sobre la interpretación de la Constitución. Quiero decir, una vez aunada la decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley en particular, no queda claro si los jueces deberán seguir los motivos de esa inconstitucionalidad para cualquier otro caso que se presentara a futuro y remitiera a la misma cláusula constitucional que se interpretó para analizar la constitucionalidad de la primera ley. Éste es el problema sobre la vinculación de los aplicadores del Derecho a la doctrina constitucional.

De ahí la necesidad de establecer una regla que obligue a jueces y tribunales a seguir la interpretación de un único operador jurídico. Ésa podría llegar a ser la función que cumplen, por ejemplo, los artículos relativos a la jurisprudencia. En efecto, si la declaratoria general fuera suficiente para zanjar el problema interpretativo, imponiendo una interpretación constitucional para todos los jueces, resultaría superflua la regulación de la jurisprudencia.

En cualquier caso, lo que me interesa resaltar aquí es que los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad sólo se traducen en que la norma es expulsada del ordenamiento y, por tanto, nadie puede volver a aplicarla. Por otro lado, que la jurisprudencia no vincula al legislador ordinario y, en esa medida, puede responder a una DGI con una ley idéntica a la invalidada. De este modo, el procedimiento DGI cumple a cabalidad con los postulados de la teoría discursiva, a saber, que todas las decisiones son falibles, revisables y provisionales, al mismo tiempo que respeta la igualdad y la autonomía política de los ciudadanos.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo presenté y propuse la adopción de un nuevo paradigma para el constitucionalismo mexicano, esto es, el paradigma discursivo. En mi opinión, reformas como la de derechos humanos y el juicio de amparo ameritan una concepción más democrática de nuestros derechos y de la justicia constitucional, tales como las que defiende la teoría discursiva. Soy consciente de las reticencias políticas —porque implica la transferen-

cia de poder a la sociedad civil— que este paradigma encuentra tanto dentro como fuera de la academia constitucionalista y, principalmente, en los altos tribunales. Sin embargo, considero que sólo a través de la modificación del sistema de poder se puede cambiar la situación de injusticia en la que viven millones de mexicanos¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Rainer FORST, *The right to justification*, *op. cit.*, p. 248.