

Suspiciencia ante el control difuso de constitucionalidad

Suspicion of Diffuse Control of Constitutionality

Piero Mattei-Gentili¹

 <https://orcid.org/0000-0002-5289-1664>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: pieromg@unam.mx

Recepción: 13 de octubre de 2021

Aceptación: 2 de mayo de 2022

RESUMEN: El artículo cuestiona la popular creencia de que el control de constitucionalidad difuso es una herramienta necesaria para la protección de los derechos humanos. La investigación comienza exponiendo los postulados esenciales por medio de los cuales el Estado de derecho procura la garantía de los derechos. A continuación, se argumenta que la interpretación constitucional es casi ineludible, por lo cual se efectúa un examen de las dos grandes posturas teóricas en torno a la interpretación jurídica y sus consecuencias. Vistas las posibilidades que las dos posturas presentan, se finaliza por exponer los motivos por los cuales es preferible un esquema de control concentrado y se disipan posibles equívocos.

Palabras claves: control constitucional concentrado, control constitucional difuso, Estado de derecho, derechos fundamentales, interpretación jurídica, seguridad jurídica.

ABSTRACT: The paper questions the popular belief that judicial review is a necessary tool for human rights' protection. The investigation begins by exposing the essential postulates by means of which the Rule of Law seeks to guarantee rights. Next, it is argued that constitutional interpretation is almost unavoidable, which is why an examination of the two major theoretical positions regarding legal interpretation and its consequences is made. Given the possibilities that the two stances present, it ends by expressing the reasons why a concentrated control scheme is preferable and possible misunderstandings are dispelled.

Keywords: concentrated constitutional control, judicial review, rule of law, fundamental rights, legal interpretation, legal certainty.

¹ El desarrollo del presente trabajo ha sido posible en parte gracias al apoyo de la “Land Steiermark Fellowship” que me ha otorgado la Universidad de Graz, en Austria.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado de derecho*. III. *La casi ineludible interpretación y el problema del control constitucional*. IV. *Sobre la interpretación*. V. *Optimismo interpretativo y el control difuso*. VI. *Teoría jurídica y control constitucional. Camino hacia un desenlace*. VII. *Conclusión*. VIII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el denominado paquete de reformas constitucionales en materia de derechos humanos del año 2011 modificó el texto del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la misma y con los tratados internacionales para favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. Desde entonces se comprende que dicha disposición da pauta a la instauración de un mecanismo de control difuso de la constitucionalidad en nuestro ordenamiento; esto es, que la interpretación y constatación de la compatibilidad de la legislación conforme a la Constitución no es más una competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con todo, el alcance del control difuso había permanecido restringido debido al criterio sostenido en el amparo en revisión 1046/2012, según el cual los tribunales colegiados solamente tenían facultades de control *ex officio* en consideración de la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código de Procedimientos Civiles. En sesión plenaria del 28 de septiembre del 2021, por nueve votos contra dos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó abandonar dicho criterio por considerar que el artículo primero constitucional obliga a todas las autoridades a dejar de aplicar todas las disposiciones que vulneren los derechos humanos. Esto es, se estableció que los organismos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, cuando actúan en amparo directo o indirecto, están facultados para ejercer el control de constitucionalidad de todas las normas sometidas a su conocimiento.

En síntesis, la expansión de las facultades de los jueces y tribunales representa un paso hacia la consolidación del control difuso de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano lo que, a juicio del ministro presidente, representa un paso decisivo en la protección de los derechos fundamentales en nuestro país.² Pero el ministro presidente no está solo en su

² Considero oportuno resaltar que, ciertamente, la adopción del mecanismo de control

opinión, la cual es secundada por un amplio grupo en la academia y en la comunidad jurídica. En general, se asume, por decirlo con palabras de Vázquez Sánchez (2020, p. 344), que “la práctica del control difuso [...] es la práctica de resolver cuestiones constitucionales con base en los derechos humanos”.

Sin embargo, asumir que el control difuso necesariamente implica resolver cuestiones constitucionales con base en derechos humanos es falaz. Cuando menos, esto significaría que el control concentrado no cuenta con la misma efectividad en materia de protección de derechos; incluso, que en algún sentido representa un obstáculo. Pero esto no es así. De hecho, la tradición constitucionalista europea suele asumir al modelo del control concentrado como indispensable para el sustento del Estado de derecho y la consecuente protección de los derechos humanos³ y, por otra parte, se desconfía de las supuestas virtudes del control difuso.

Considero que la reciente resolución de la Suprema Corte es un suceso que invita a reflexionar nuevamente respecto de nuestro diseño institucional con miras a la consolidación del Estado de derecho y la protección de los derechos. Con este fin, se asume una postura impopular respecto de la opinión imperante en la dogmática mexicana y, como consecuencia, se adopta una visión suspicaz. En particular, se desconfía de las supuestas virtudes del *judicial review* o control difuso. Se plantea como hipótesis que la confianza en el control difuso radica en una visión optimista —incluso *naïve*— respecto de la interpretación jurídica y de sus alcances para la consagración

difuso de constitucionalidad para el ordenamiento jurídico mexicano no fue una mera ocurrencia, y tampoco se trató simplemente de imitar el mecanismo estadounidense de *judicial review*. Por el contrario, se suele considerar que la adopción del mecanismo de control difuso de constitucionalidad se encuentra en línea con la “internalización” de la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha promovido el control de convencionalidad desde el año 2006 con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y que ha reafirmado de manera patente que dicho control sea realizado de manera difusa en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* del 2010. La expectativa de esta doctrina, en líneas generales, es que los jueces nacionales sean también jueces interamericanos, los primeros y auténticos guardianes de la Convención Americana, de sus Protocolos, y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana. [Véase Ferrer Mac-Gregor (2011, pp. 923-935)]. Por lo tanto, considero que, en cierta medida, las reflexiones del presente artículo podrían trasladarse también para cuestionarse acerca de la idoneidad de la promoción del mecanismo del control difuso de convencionalidad para los países que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana con miras a la consolidación regional del Estado de derecho y de la efectiva protección de los derechos humanos.

³ Véase Ferreres Comella (2011, cap. 10).

del Estado de derecho en el que se garantiza la protección de los derechos fundamentales.

Para esto, partiré por exponer las consideraciones relativas a las exigencias de diseño institucional elementales que reclama el Estado de derecho. Posteriormente se expondrán los argumentos que muestran que la interpretación constitucional es casi ineludible, y las razones intuitivas que hacen atractivo al control difuso. Como consecuencia, se abordará un examen de las diversas teorías interpretativas que, se estima, permitirá observar al control difuso desde una perspectiva más crítica. Entonces se presentarán los argumentos por los cuales se considera que, con independencia de la teoría jurídica e interpretativa que se adopte, el control difuso es menos apto que el control concentrado para perseguir los postulados del Estado de derecho y la protección de los derechos. Como conclusión, se expondrá que, aunque el control concentrado tampoco es idóneo, es preferible al difuso por diversos motivos que serán expuestos.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Definir al Estado de derecho dista mucho de ser una labor exenta de controversia. En particular, en las últimas décadas la controversia conceptual parece haberse acrecentado con motivo de las exigencias de que el ordenamiento jurídico supere los *impasses* que supuestamente representa la igualdad *formal* para procurar la igualdad *material* (Aarnio, 1990, p. 26; Böckenförde, 2000, p. 17-18; Tamanaha, 2004, p. 91). Por lo tanto, no bastaría un Estado constituido sobre el valor de la legalidad. También se suelen agregar los adjetivos “social”, “liberal”, “constitucional” y “democrático”, para enfatizar que el Estado de derecho es más ambicioso; que procura la concreción de valores morales que se consolidarían en la parte dogmática del texto constitucional (en particular en su catálogo de derechos fundamentales), valores que en ocasiones no se pueden garantizar mediante la formalidad de la legislación.

Este no es el lugar para profundizar en un debate de lo que considero es más un postulado debatible de teoría jurídica normativa y filosofía política que un axioma propio de los ideales ilustrados que han forjado el Estado de derecho; y, más importante, un postulado que tampoco proporciona una respuesta concreta acerca del diseño institucional del ordenamiento ju-

ridico en materia de control constitucional (con la posible excepción del Estado liberal de derecho).

Por el momento, con Elías Díaz (2002, p. 77), considero que es posible concordar en que la razón de ser del Estado de derecho es la protección de los derechos humanos, consolidados como derechos fundamentales en los textos constitucionales. Sumado a esta consideración, en general, estimo que las siguientes tesis continúan representando el núcleo significativo del concepto contemporáneo de Estado de derecho:

- a) La protección de los derechos solamente puede ser concretada de manera cabal por medio de la sujeción al derecho o, como suele ser denominado este postulado, el *imperio de la ley*. De hecho, imperio de ley, o expresiones como *rule of law* o *Rechtsstaat*, normalmente ser consideradas sinónimas; o, como mínimo, íntimamente ligadas (Díaz, 1975, pp. 30-31).
- b) El *imperio de la ley* no significa otra cosa que la sujeción del poder y de los actos públicos a reglas por todos conocidas. En este tenor, el Estado de derecho premia la certidumbre, pues los ciudadanos pueden planear su vida (ser autónomos) y pueden exigir sus derechos, en la medida en que conocen sus obligaciones y prerrogativas por medio de las reglas que los articulan (Salazar Ugarte, 2006, pp. 80, 116; Laporta, 2009, pp. 61-62). En esta línea, la garantía y protección de los derechos es efectiva en la medida en que el actuar de las autoridades es previsible.⁴
- c) Solamente se puede predicar que rige un Estado de derecho en las sociedades en que impera la igualdad ante la ley (o, ante el derecho). Esto significa que las leyes deben ser generales, en el sentido de que los supuestos que prevén se aplican a cualquier persona sin distinción indiscriminada (Troper, 2004, p. 73; Salazar Ugarte, 2006, pp. 88-89).
- d) El Estado de derecho impone un principio democrático de que todo ciudadano debe poder participar de la creación de las leyes (*no taxation without representation*), las cuales deben ser públicas, lo más claras posibles, y su aplicación jamás debe ser retroactiva.⁵

⁴ Es menester recordar que la importancia de este postulado constituye una lección tan antigua que ya era advertida por los antiguos griegos. Así, por ejemplo, Aristóteles (2007) señalaba como virtud del gobierno de las leyes la ausencia de lo pasional en el razonamiento para tomar decisiones (*Política*, 1286a).

⁵ Como expone Böckenförde (2000), el principio democrático se extiende prácticamente a todas las esferas del Estado y del gobierno constitucional, de modo que no se limita al

- e) Para evitar que se torne opresivo, el poder no debe concentrarse. Por lo tanto, el poder debe dividirse, de modo que las diversas instancias del poder público controlen mutuamente que sus actúes se conduzcan conforme al derecho (Troper, 2004, pp. 70-71).

También es importante considerar que la historia Estado de derecho contemporáneo discurre en línea paralela con la del *constitucionalismo*. De hecho, comparten tantos postulados en común que en parte resulta difícil distinguirlos. Como muestra, el constitucionalismo no es compatible con cualquier noción de Constitución —entendida como el conjunto de reglas supremas que dotan de identidad a un ordenamiento jurídico—. Como señala Pedro Salazar Ugarte (2006, p. 72), “el constitucionalismo es la forma particular de concebir ese conjunto de reglas”. Así, las reglas que forman la Constitución del constitucionalismo son aquellas que tienen como finalidad limitar el poder político y garantizar la protección de los derechos humanos. En esta línea, el artículo decimosexto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señala que “[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

La Constitución del ordenamiento es el instrumento jurídico primordial mediante el cual se procura garantizar las exigencias del Estado de derecho. El control de constitucionalidad representa una herramienta complementaria para la consecución y mantenimiento del Estado de derecho, por medio del cual se procura que las disposiciones jurídicas inferiores no contravengan a la Constitución. Dicho control consiste en interpretar la normatividad inferior para verificar su idoneidad respecto de la normatividad constitucional y dejar de aplicar, e incluso expulsar del ordenamiento, a aquellas normas que se identifican como inconstitucionales.

ejercicio del sufragio para la elección de los representantes populares. Además, el concepto “democracia” está dotado de una fuerte carga valorativa, por lo que, como expone Comanducci (2016, pp. 62-63), existe una variedad de definiciones que vacilan entre lo procedimental y lo sustancial, habiendo definiciones netamente mixtas. También, hace más de una veintena de años que pervive un debate en torno al oportunismo de la adopción de un modelo de democracia procedimental o uno de democracia deliberativa (Vázquez, 2015, cap. 6. IV). No es este el espacio para abrir un debate acerca de cuáles son los conceptos de democracia y los diseños instruccionales acordes para el Estado de derecho contemporáneo. Para los efectos de este trabajo, basta considerar el hecho de que el actuar del poder legislativo, al integrarse formalmente de representantes populares, cuenta de un cierto manto democrático cuyo respecto ha de procurarse en el Estado contemporáneo.

El control constitucional puede ejercerse de manera difusa o concentrada. La primera tiene efectos *inter partes*; la segunda, es *erga omnes*. El control difuso corresponde al esquema del *judicial review* arquetípicamente estadounidense, que confiere dicha tarea a todos los jueces que integran el poder judicial. En palabras de Elena Highton (2010, p. 108) “todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad”. No obstante, es importante advertir que los ordenamientos que cuentan con mecanismos de control difuso también suelen contar con una instancia de control último y concentrado, como en el caso de México, cuya Suprema Corte de Justicia cuenta con la facultad de resolver de manera definitiva las controversias en materia de interpretación constitucional. Los ordenamientos que adoptan lisamente el control concentrado centralizan el ejercicio del control constitucional en un único órgano que habitualmente es independiente del poder judicial. Ese órgano suele ser un Tribunal Constitucional, obedeciendo a un diseño tradicionalmente europeo.

De manera intuitiva se revelan las ventajas de los ordenamientos que adoptan el control difuso. Este esquema pretende consentir la protección judicial expedita de los derechos fundamentales. Si un juez identifica que una determinada ley es inconstitucional, llanamente ha de abstenerse de aplicarla para garantizar el disfrute de los derechos de manera inmediata. Por su parte, esto no sería posible en el control concentrado. En éste, en el mejor de los casos, es posible que el diseño institucional permita a los jueces advertir que han encontrado alguna forma de irregularidad constitucional en alguna ley, pero habrá que esperar a que la instancia suprema y competente verifique este hecho para que, de ser el caso, la sentencia sea revertida y los ciudadanos retornen a gozar del derecho del que han sido privados en virtud de la declarada ley inconstitucional.

Pero determinar que una disposición jurídica es inconstitucional, o que una ley dada viola derechos fundamentales, es una cuestión de interpretación. Como habremos de ver, la interpretación no es algo sencillo, los procesos interpretativos conllevan demasiadas variantes para tener en cuenta como para decantarse por uno u otro esquema de control constitucional sin abordar un estudio sobre las diversas dificultades que se presentan en la interpretación y la forma en que las diversas teorías jurídicas las abordan.

III. LA CASI INELUDIBLE INTERPRETACIÓN Y EL PROBLEMA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

En su parte dogmática, y particularmente en lo tocante al catálogo de derechos, los textos constitucionales suelen estar redactados de manera muy abstracta y generalizada. Podemos coincidir en que, en gran medida, esto hace que la identificación de normas constitucionales cuente con un amplio parámetro de vaguedad que acarrea una notable e ineludible labor interpretativa o, cuando menos, una actividad que no se puede limitar a la interpretación literal (Guastini, 2001, p. 257). Lo que esto significa es que, en cierto modo, todo juez ejerce algún grado de control constitucional, por lo que todo ordenamiento, de modo inevitable, está constreñido a tolerar un cierto grado de control difuso de constitucionalidad. Un control mínimo que, por lo menos, sirve para fijar la competencia jurisdiccional. Esto involucra no sólo identificar la norma que le otorga competencia (formal) para juzgar en general, sino también la norma que fija el ámbito de esa competencia (material).⁶ Esto es, el juez debe contrastar la legislación con el texto constitucional para identificar que existe una norma con fundamento constitucional que le otorga competencia definida para conocer y para resolver en la materia del asunto que se le presenta. En este sentido, todo cuerpo legislativo que fije la competencia jurisdiccional es constitucional, por lo menos en la medida en que se juzga (interpreta) que el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución.

Pero, si prácticamente todo proceso de adjudicación involucra algún grado de control constitucional, ¿cómo entender la distinción entre control difuso y control concentrado? ¿Tiene sentido esta distinción?

Considero que la distinción tiene sentido. Después de todo, está claro que los juristas, cuando hablan de control constitucional, hablan de algo ulterior a la competencia judicial, un problema posterior y más sustancioso. Entonces, el modo de comprender la distinción con mayor claridad es como dos esquemas de control en el ordenamiento, uno en el que se alienta a los jueces ordinarios a realizar interpretaciones más abiertas y audaces para encontrar violaciones a derechos constitucionales, que sería el caso del control

⁶ Además, habría que tener en cuenta, como explica Bulygin (1994, p. 14), que la distinción entre interpretación formal y material es ficticia. El problema interpretativo que pasa de identificar las fuentes del derecho a los valores en ellas contenidas, no es un problema de interpretación esencialmente distinto, sin importar la fuente referida. Esto es, inevitablemente la llamada “interpretación formal” involucra una interpretación material, aunque pretendidamente encubierta.

difuso; y uno en el que se alienta a los jueces comunes a ser más prudentes en la labor de la interpretación de la legislación a la luz de los derechos consagrados en la Constitución, que sería el supuesto del control concentrado.

Utilizando los términos de Weber como analogía, el control difuso aliena a los jueces ordinarios a adoptar una ética de la convicción en materia constitucional, en donde se ha de aplicar la solución que se estima correcta dejando de lado ulteriores consideraciones. Mientras que el control concentrado los invita a adoptar una ética de la responsabilidad que, no dejando de lado los valores asumidos, acuda a un razonamiento estratégico que procure mantener la estabilidad del ordenamiento (Bobbio, 2009, pp. 214-215). La analogía no es perfecta, pero funciona en la medida en que se entienda que para la visión que patrocina el control difuso, el conocimiento objetivo de los valores constitucionales es posible, por lo tanto, si el juez ha ejecutado todas las técnicas interpretativas y ponderativas adecuadas, y está seguro de haber identificado una incompatibilidad inconstitucional en la legislación, sea parcial o total, debe declararla y dejar de aplicar la norma para garantizar el goce de los derechos, que es siempre prioritario. Por su parte, el control concentrado es más “agnóstico”, por decirlo de alguna manera. Es indudable que la Constitución procura ciertos valores en los que descansan los derechos, pero estos son intrincados y es difícil —prácticamente imposible— demarcar de modo objetivo cuáles son sus alcances, así como su peso cuando entran en conflicto. Incluso, es todavía más incierto que el juicio interpretativo que el juez efectúe acerca del alcance y el peso de los valores constitucionales no esté viciado por sesgos cognitivos y apreciaciones subjetivas. Por lo tanto, el control concentrado incita al juez ordinario a no adoptar una forma de cognitivismo moral en materia de valores constitucionales o, a lo sumo, a adoptar la prudencia de la duda como una virtud propia de su labor.⁷ El juez puede realizar una labor interpretativa densa, pero si considera que ha encontrado cierta irregularidad constitucional, el mejor modo de proceder es con

⁷ No es que el control concentrado necesariamente promueva un no-cognitivismo, o alguna forma de relativismo moral en materia constitucional; en realidad considero que no dice nada en este campo, pero sí invita a la prudencia como mejor actitud interpretativa y, en este sentido, a abrazar la duda acerca de los propios juicios de los juzgadores en materia constitucional. En este tenor, asumir la virtud de la duda para un agente es como si adoptara una forma de no-cognitivismo o de relativismo, en el que el agente se plantea que sus juicios morales pueden ser erróneos o no universales. Para una buena exposición acerca del modo en que el no-cognitivismo meta-ético promueve una forma de ética relativista o de la duda, véase Scarpelli (2007, pp. 46-56) y Williams (2016, pp. 195-214).

prudencia, dudar del propio juicio, ser estratégico y finalmente aplicar la ley para procurar respetar los valores de certeza y democracia que implica el hecho de que haya sido creada por medio de un procedimiento constitucional (esto es, asumir la presunción de constitucionalidad) y, como mucho, manifestar su duda acerca de la compatibilidad constitucional del precepto interpretado para que la instancia correspondiente lo examine.

Como es posible entrever, el control difuso parece descansar en una visión optimista de la interpretación. Por otra parte, no necesariamente es posible señalar que el control concentrado descansa en una visión escéptica de la interpretación; pero, sin duda, no considera que la labor interpretativa en materia constitucional sea algo sencillo de efectuar, por lo que invita a ser más cautelosos.

Ahora bien, autores como Jeremy Waldron (2006) y Donald Bello Hutt (2016) se han manifestado en términos generales en contra del control judicial por considerarlo antidemocrático y, como consecuencia, no necesariamente afín con el Estado de derecho (Waldron, 2006, p. 1346). El debate constitucional contemporáneo suele ser planteado en términos de la *objección contramayoritaria* (Bickel, 1986, p. 16) y el oportunismo de que el diseño de nuestros ordenamientos jurídicos incorpore esquemas de control constitucional. No me detendré en dicho debate, pues no es objeto de la cuestión que me interesa abordar aquí. Lo que me incumbe mostrar es que, si un ordenamiento incorpora el control constitucional, el esquema concentrado es más adecuado para procurar los ideales del Estado de derecho que el esquema de control difuso. De hecho, considero que es posible asumir una postura escéptica de la interpretación, y que esto es compatible con una defensa del control concentrado como el mejor esquema para la consecución del Estado de derecho. Más controversial aún, me parece que incluso desde los postulados de la postura optimista de la interpretación existen buenos motivos para preferir el esquema de control concentrado sobre el difuso. Esto es, incluso desde la postura optimista, las ventajas del control difuso son sólo aparentes o, al menos, no existen garantías suficientes para preferirlo sobre el control concentrado.

IV. SOBRE LA INTERPRETACIÓN

La aplicación del derecho involucra la identificación de normas. Las normas se identifican a partir de las diversas fuentes —como la legislación, la juris-

prudencia, los tratados o la costumbre— en las que se encuentran supuestos de hecho, *casos*, que el derecho busca regular. En general, las normas son concebidas como el significado asignado a las fuentes jurídicas, particularmente a sus textos (Guastini, 2011, p. 63)

Por su parte, la sentencia o resolución judicial involucra una norma individualizada (Kelsen, 1982, p. 33) que supone que el caso específico que ha sido presentado ante el juez es una instancia subsumible del supuesto de hecho previsto en la norma general. Como se suele exponer, este proceso compone la implementación del silogismo judicial, en el cual la premisa mayor es la norma general que asigna una consecuencia a un supuesto de hecho, mientras que la premisa menor es un enunciado que resulta del razonamiento por medio del cual el juez califica que los hechos ante él presentados y probados constituyen un caso particular del supuesto de hecho previsto por la norma general (Gascón Abellán, 2010, p. 67).

Para el caso que nos concierne, basta centrar la atención en las normas, dejando de lado la no menos problemática —y también relevante— cuestión de la determinación de los hechos. Como es sabido, la configuración del silogismo judicial difícilmente representa un proceso llano o directo de identificación de normas generales listas para ser aplicadas a los casos que son presentados antes los jueces. Habitualmente, de hecho, se asume que la identificación de las normas generales a partir de las fuentes conlleva un proceso interpretativo casi ineludible.⁸

Frente a este panorama, la teoría jurídica analítica ha tendido a recurrir a la metáfora de la “textura abierta” para ilustrar el espectro de vaguedad

⁸ Aunque conviene ser precavidos y no caer en el extremo de asumir la tesis popular, pero equívoca, de la *inevitabilidad de la interpretación*, la cual refiere a la idea de que siempre es necesaria una labor interpretativa sobre las fuentes para la identificación o aplicación de las normas jurídicas generales (Nino, 2014, pp. 89-91). Por el contrario, no todo es interpretación y, con especial referencia a las fuentes escritas, como bien señala Navarro (2005, pp. 121-122): “La legislación refleja el intento de determinar normativamente ciertas acciones. Estos intentos reflejan decisiones que se formulan en un lenguaje compartido por los miembros de una cierta comunidad y las valoraciones de las autoridades normativas. Las decisiones interpretativas comparten ambas características de la legislación, es decir: el intérprete usa un lenguaje común a una cierta comunidad y basa sus decisiones en ciertas valoraciones. Por esta razón, el argumento de la inevitabilidad de la interpretación parece destinado al fracaso. Si la legislación es imposible como técnica de regulación del comportamiento, entonces la interpretación que comparte sus rasgos centrales no puede superar esta deficiencia. Ello conduce a un escepticismo radical incompatible con el análisis no sólo de las prácticas interpretativas sino también de la idea de que es posible motivar conductas mediante instrucciones o normas”.

que recorre la identificación del derecho (Hart, 1994, pp. 123-124). Centrándonos en el caso de las fuentes escritas, este postulado nos expone que las disposiciones jurídicas cuentan con un núcleo de significado claro, socialmente compartido, que hace posible su comunicación para regular de modo generalmente eficaz la vida social. Por otra parte, el lenguaje presenta un límite inherente en su capacidad comunicativa, por lo que existe un contorno de penumbra o vaguedad en donde no es totalmente claro cuál es la regla que el legislador ha buscado comunicar, o si ésta es aplicable a cierto caso en lo particular. En los supuestos en que no existe una convención manifiesta sobre cuál es la regla que el legislador buscó transmitir, o sobre los casos de su aplicación, se recurre a la interpretación, que no es sino el acto de elegir un significado, o norma-sentido (Alchourrón y Bulygin, 1997, pp. 16-17), entre diversos posibles.

Entonces, las normas son significados deónticos por medio de los cuales se busca dirigir la conducta de los agentes. Cuando no ha sido necesaria la mediación de la interpretación, se ha identificado a la norma jurídica por medio de un proceso cognitivo y ésta obedece a la voluntad del legislador o del constituyente, según sea el caso. Cuando media la interpretación, y en la medida en que interviene, la norma jurídica conlleva una dimensión de discrecionalidad o arbitrio por parte del juez que ha tomado la decisión de asignar un determinado significado a una disposición jurídica. En este sentido, la interpretación es una labor creativa por parte del juzgador; esto es, produce derecho. Pero esto tampoco acarrea necesariamente un ejercicio ilimitado o desmesurado. Podemos convenir en que la labor interpretativa es creativa en la medida en que el juez se aleja del núcleo del significado convencional del lenguaje en que las disposiciones jurídicas han sido formuladas. Esto es, la labor interpretativa puede ser más o menos creativa según sea el caso.

La dimensión de discrecionalidad o arbitrio es una cuestión que divide a distintas líneas teóricas y sus concepciones sobre la interpretación jurídica. Por un lado, tenemos la *postura escéptica*, que considera que allí donde se agota el significado convencional, la labor interpretativa es discrecional, obedece a valoraciones subjetivas por parte del intérprete al elegir entre las alternativas de significados posibles, y no existen parámetros objetivos de corrección en el derecho sobre su decisión. Se trata de una decisión política tomada por un juzgador. Por otro lado, se encuentra la *postura optimista*, que si bien coincide en que cuando se agota el significado convencional del lenguaje toca al intérprete realizar una acción discrecional para asignar

un significado a las disposiciones jurídicas (Prieto Sanchís, 2013, p. 134), no obstante, considera que el derecho cuenta con otros parámetros por medio de los cuales deben guiarse las labores interpretativa y argumentativa, y, por ende, con parámetros de corrección que permiten evaluar el acierto en la decisión tomada por el intérprete.

Conforme a la postura optimista, el grado de corrección en la decisión del intérprete estará determinado por el uso adecuado de diversas técnicas interpretativas y ponderativas en relación con los valores políticos y morales que consagra el ordenamiento jurídico de referencia. Incluso, esto permitiría al intérprete alejarse del significado convencional de una determinada disposición jurídica si encuentra que éste se aparta de manera radical de los fines del ordenamiento incitando un resultado extremadamente injusto.

VI. OPTIMISMO INTERPRETATIVO Y EL CONTROL DIFUSO

Las posturas optimistas invitan a no ser temerosos respecto de la incertidumbre que supuestamente representa la vaguedad del lenguaje proyectado en las disposiciones jurídicas. La interpretación, nos dicen, no necesariamente incorpora un ejercicio arbitrario o de abierta discrecionalidad. Ciertamente, esta actividad, en última instancia, descansa en un acto decisorio por parte del intérprete para asignar un significado a un texto, pero existen parámetros por atender y técnicas adecuadas para lograr resultados justificados, esto es, concordes con los valores que abraza la Constitución (Dworkin, 1986, pp. 108-110). De hecho, esos valores guían la pretensión de corrección del derecho (Alexy, 2007, pp. 208-209; Alexy 2011, pp. 31-32) y, por tanto, siempre existen modos de controlar la corrección de esas decisiones.

En este punto no debe quedar duda que los optimistas en materia interpretativa son, en algún modo, cognitivistas en materia moral. Esto es, consideran que los enunciados morales son susceptibles de ser verdaderos o falsos. En este sentido, si la Constitución incorpora valores, los juicios que los jueces realizan son susceptibles de ser verdaderos o falsos (Dworkin, 1986, p. 225); y, por ende, susceptibles de ser controlados y corregidos en tanto que los enunciados que manifiestan esos juicios se inserten en las formas y las reglas del discurso jurídico, que incluyen leyes, precedentes y dogmática jurídica (Alexy, 2007, pp. 211-213). A su vez, esto presupone

que el discurso jurídico es racional en cuanto se inserta como un caso especial del discurso práctico general⁹ (Alexy, 2011, p. 52).

En la exposición de Dworkin, los parámetros de corrección de las decisiones interpretativas que realizan los jueces están fijados de manera etérea por el proceder ideal de un juez hipotético, el juez *Hércules*, un arquetipo al que deberían aspirar todos los jueces. Hércules es un personaje con conocimiento jurídico supremo y una sensibilidad filosófica privilegiada, de modo que tiene no sólo un dominio de las leyes, los precedentes y las costumbres jurídicas que deben conducir su actuar como juez, sino que también conoce los valores o principios abrazados por la Constitución, y conoce la historia de su ordenamiento jurídico y los motivos éticos y políticos que llevaron a la adopción de esos principios (Dworkin, 1978, pp. 105-106). En esta línea, frente a la labor interpretativa que acarrea decidir un caso novedoso en algún aspecto, el juez Hércules se asume como autor inserto en la cadena de juicios y argumentos que han conformado el ordenamiento jurídico del que forma parte (Dworkin, 1986, pp. 238-239), de modo que, con todo su conocimiento de las fuentes legislativas vigentes, los precedentes, la doctrina, y los principios constitucionales, formula una teoría constitucional y política concorde con la narrativa que ha construido su ordenamiento para proporcionar la decisión interpretativa que concorde de mejor manera, y, de modo integral, con la narrativa que ha guiado la existencia de su ordenamiento jurídico. De tal manera, la *teoría del derecho como integridad* propugna la tesis de que un determinado enunciado jurídico es verdadero si encuentra respaldo o se sigue de los principios que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad (Rapetti, 2019, p. 70).

El modelo de Alexy, más aterrizado, también implica que la interpretación jurídica ha de ser realizada por agentes con talentos particulares, que son capaces de manejar una gran cantidad de información y tener una sensibilidad especial para seleccionar premisas axiológicas. Este modelo concibe al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. La parte específica del discurso jurídico radica en el manejo de leyes, precedentes y dogmática jurídica, mientras que la corrección en la impetración de los materiales jurídicos está dictada por los parámetros que gobiernan la racionalidad de los juicios morales.

⁹ Por si cupiera duda, cuando Alexy habla de “discurso práctico general”, éste ha de entenderse como el discurso moral. Véase Prieto Sanchís (2009, p. 98).

Inspirado en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, Alexy presenta a la teoría del discurso como una teoría procedimental de la razón práctica, de acuerdo con la cual, una proposición, práctica o normativa, es verdadera (o correcta) solamente si es el resultado de un discurso práctico racional. Como señala Alexy (2011, pp. 38-39):

Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discurso.

De tal manera, los elementos específicos del discurso jurídico constituyen la dimensión real del derecho, su paso hacia la positividad; mientras que la dimensión ideal, que descansa en los parámetros del discurso práctico general, establece la pretensión de corrección del derecho positivo, esto es, la dimensión ideal que no se desvanece cuando el derecho se institucionaliza sino que, por el contrario, representa la pretensión de justicia que vive en el trasfondo del derecho. En esta línea, la dimensión real implica al principio de seguridad jurídica como un principio formal, y la dimensión ideal conlleva a la justicia como principio moral o sustantivo. Cuando ambos principios colisionan; lo cual sucede a menudo, entra en juego la ponderación, una práctica que busca situar en su correcta proporción a ambos principios en la creación y aplicación del derecho (Alexy, 2011, pp. 42-43).

Uno de los aspectos más distintivos —y controversiales— de las teorías optimistas es la tesis de la única respuesta correcta. Esta tesis es una consecuencia ineludible del cognitivismo y se basa en un razonamiento muy sencillo. El derecho califica hechos y derechos de manera concluyente para hacer valer sus consecuencias: un contrato es válido o no es válido; una promesa se ha cumplido o se ha incumplido; un determinado sujeto es culpable de cometer un delito o es inocente; se tiene o no se tiene un derecho (Dworkin, 1985, p. 120). Por difíciles que lleguen a ser los casos que se presenten ante los jueces, el derecho no deja estas cuestiones sin resolver, y el hecho de que clame ser un mecanismo de protección de derechos y de cumplimiento de las obligaciones excluye el ejercicio del arbitrio judicial, que representaría una forma de imponer soluciones de manera retroactiva (Dworkin,

1978, pp. 32-39). Por el contrario, la respuesta puede no siempre ser clara, pero esto no significa que no exista una respuesta correcta ni que los jueces cuenten con una discrecionalidad abierta. Después de todo, si el derecho implica una pretensión de corrección, debe contarse con parámetros respecto de los cual evaluar la corrección de los juicios. En efecto, el derecho cuenta con reglas, pero también con principios morales consolidados en sus constituciones y, además, existen mecanismos de interpretación y ponderación; todo ello guiado por las máximas del razonamiento práctico general, por lo cual necesariamente debe siempre haber una respuesta correcta —como necesidad lógica— a las cuestiones jurídicas, incluso a las más abstractas y controversiales.

Entonces, si un juez atiende adecuadamente los parámetros interpretativos del discurso jurídico significa que no es posible decir que sus decisiones han sido arbitrarias. También, si bien es cierto que estos modelos no establecen un procedimiento infalible para alcanzar *la* respuesta correcta y que, de hecho, lo más probable es que los jueces no logren conseguirla, esto no significa que deban desistir de seguir dichos procedimientos. De hecho, con Alexy, es posible decir que la única respuesta correcta finalmente es un ideal al que siempre hay que aspirar de conformidad con los parámetros de corrección que adopta el derecho (Alexy, 2007, p. 302).

Como consecuencia, el derecho asume una pretensión de corrección e incorpora valores en los que descansa la Constitución y los derechos que propugna. Además, existen técnicas interpretativas integradoras, aunado a los parámetros de la razón práctica que asisten a buscar respuestas correctas. Entonces, ¿qué impide asumir un esquema de control difuso de constitucionalidad que garantice el disfrute inmediato de sus derechos a todo ciudadano cuando un juez así lo advierta? Nada, de hecho, hasta aquí todo parece consistente y lo más sensato, en efecto, es adoptar el esquema de control difuso.

1. *Inconvenientes del optimismo interpretativo*

Sin embargo, posiblemente conviene comenzar a frenar un tanto el optimismo. Digamos, permaneciendo optimistas, que el control difuso puede ser visto como un esquema que propicia una plétora de resoluciones constitucionales que, si bien no son idénticas respecto de la única respuesta correcta, como mínimo se acercan. Pero otra forma de verlo es la siguiente: el control difuso promueve una plétora de respuestas, todas erróneas en distintos grados, pues ninguna es *la* respuesta correcta. Incluso, los parámetros de la

razón práctica y las técnicas interpretativas y ponderativas no garantizan llegar a una respuesta correcta; pero es que tampoco pueden garantizar cierta consistencia en los juicios efectuados por los diversos juzgadores. Como ilustra Aarnio (1990, p. 32), incluso dos jueces Hércules podrían llegar a respuestas diversas en consideración de los datos que se les presenten. Esto es, como mínimo, están irreductiblemente limitados a decidir conforme a la información que se le proporciona, y a los intereses que reclaman las partes interesadas. También, conforme a la teoría del discurso de Alexy, incluso los parámetros de justificación externa dejan ciertos espacios discrecionales al intérprete, espacios que no están ulteriormente sujetos a otros parámetros claros de corrección, como sucede con la fundamentación de las premisas basadas en enunciados empíricos o en premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas jurídicas (Alexy, 2007, p. 222). No obstante, si se insiste en que, a pesar de todo, igualmente una de las respuestas necesariamente es mejor que la otra, es posible retornar a Aarnio para exponer que esta polémica tampoco podría solucionarse invocando la respuesta que hubiera utilizado otro hipotético juez superior, un *meta-Hércules*, pues esto solamente nos llevaría a un círculo vicioso de regreso *ad infinitum*.

Así, incluso asumiendo una postura optimista, pero más recatada respecto de la tesis de la respuesta correcta, habría que tomar con cierto recelo el control de constitucionalidad en general, pero en especial el difuso. Podría admitirse que los parámetros de corrección existen y que hay que observarlos. Pero esto, como máximo, permitiría diferenciar a unas respuestas como más adecuadas que otras. Incluso, permitiría identificar respuestas llanamente incorrectas; pero no respuestas correctas, en toda la extensión de la expresión. Además, es menester recordar que el problema de que toda forma de control de la corrección de las resoluciones judiciales es *ex post*. Entonces, también habría que reconocer que no existe forma de garantizar siquiera cierta consistencia interpretativa entre las diversas resoluciones de los jueces, a pesar de que hayan realizado su mayor esfuerzo por seguir de manera rigurosa los parámetros de la razón práctica general y las técnicas interpretativas y ponderativas. Así las cosas, y puesto que no debe quedar duda en que el teórico optimista es un defensor del Estado de derecho, habría buenos motivos para desconfiar del esquema de control difuso, pues es indudable que abre la puerta para que los siguientes problemas se acentúen de cara a la procuración del *imperio de la ley*:

- a) Disparidad en el disfrute de los derechos. Puesto que, si el juez de la circunscripción A ha decidido que la ley X es inconstitucional, pero el juez de la jurisdicción B no lo ha hecho, esto significa que, como cuestión de hecho, los ciudadanos de la jurisdicción A gozan de derechos y obligaciones distintas a las de los ciudadanos de la jurisdicción B.
- b) Incertidumbre jurídica. Si diversos jueces están facultados para declarar inconstitucionales las leyes conforme al mejor esfuerzo interpretativo que realicen, pero no se garantiza la consistencia en los resultados, la aplicación del derecho se torna sumamente incierta. La previsibilidad acerca de qué derechos tengan los ciudadanos dependerá en gran medida de un cálculo acerca de la circunscripción judicial en la que se encuentren, pero nada impide un resultado totalmente imprevisible si el juez de una determinada circunscripción nunca ha resuelto un caso de un cierto tipo; o incluso considerando que es posible que los jueces no estén constreñidos a seguir las resoluciones precedentes de sus colegas (dos jueces de una misma circunscripción pueden llegar a resultados muy distintos). Asimismo, si se encontraran vigentes diversas interpretaciones sobre los asuntos jurídicos más relevantes (los constitucionales), no solo será difícil contar con seguridad jurídica sobre nuestros derechos, sino también sobre las normas que establecen los límites al poder y las que aseguran la división de los poderes.
- c) Vacilación sobre la presunción de constitucionalidad y democrática. Cuando una ley se promulga, a menos que su procedimiento de creación haya sido particularmente convulso, se ha de asumir: primero, que es constitucional, porque es sensato asumir que en sistemas políticos más o menos saludables, el legislador normalmente no busca crear leyes contrarias a la Constitución; y, segundo, que es democrática, puesto que el diseño de representación asume que los legisladores personifican la voluntad popular, por lo cual las leyes que crean están revestidas por un manto democrático *prima facie*. No obstante, no siendo claro que exista una respuesta correcta acerca de la constitucionalidad de diversos asuntos (esto es, siempre son algo controversiales), basados en estimaciones subjetivas, los jueces ordinarios tienen poder de inaplicar disposiciones jurídicas que fueron creadas de modo no controvertido conforme a procedimientos constitucionalmente previstos y por representantes populares democráticamente electos.

2. *Contrarréplicas*

Los optimistas, fieles a su condición, confían en contar con buenos argumentos para resistir a las objeciones de quien asuma una visión algo más reservada respecto de la interpretación y del control difuso. Por un lado, aunque reconocen que el control difuso conduciría a la existencia de una diversidad de criterios interpretativos, en realidad consideran que esto es algo positivo, algo que impulse la mayor protección de los derechos humanos, pues “la deliberación será más amplia y democrática si se nutre de diferentes visiones y no sólo de unas cuantas” (Vázquez Sánchez, 2021, p. 343). También, nos dicen, existen mecanismos institucionales que asisten a la unificación de criterios por contradicción, así como instrumentos teórico-doctrinales que asisten a controlar un posible caos jurídico generado por la pluralidad interpretativa del texto constitucional y de los desacuerdos que pueda causar.

Contra la idea de que es algo positivo que existan diversas visiones u opiniones en materia deliberativa, y que esto en algún modo esto es democrático, el planteamiento optimista se antoja mal dirigido. En efecto, en un Estado democrático, la diversidad de opiniones, el diálogo y el debate, son algo positivo, y algo que, de alguna manera, se espera tenga reflejo en el derecho por medio de la legislación e incluso en la reforma constitucional. De hecho, la pluralidad de partidos políticos está pensada con este fin. Pero una vez que la pluralidad de opiniones encuentra reflejo en la legislación, o en la reforma constitucional, no es algo necesariamente positivo que los jueces diverjan en sus opiniones acerca de cuál es el derecho aplicable, de cuáles son las obligaciones de las autoridades, y cuáles son los derechos y deberes de los ciudadanos. No cuando dichas opiniones divergentes se reflejan en sus sentencias. Incluso, aunque genere una suerte de diálogo judicial¹⁰ que pueda entenderse de algún modo como “democrático”, se trata de un diálogo que no incluye a la ciudadanía ni a sus representantes. Concretamente, en la

¹⁰ La idea del “diálogo de los jueces” es una doctrina popular creada en Francia por Bruno Genevois en 1978, quien, en su papel de miembro del Consejo de Estado de su país, señalara que no debía existir un espacio para el gobierno de los jueces, pero tampoco para la guerra entre los jueces, sino para el diálogo entre los jueces. La idea simple es que los jueces de diversas instancias y jurisdicciones deben buscar cooperar entre sí, atendiendo a las resoluciones de sus pares, pero también comunicándose, manifestando sus puntos de acuerdo y desacuerdo, para llegar a puntos comunes y así procurar atender criterios semejantes, y que las soluciones que decidan para distintos casos sean más o menos consistentes entre sí. Véase De Montalivet (2018).

medida de lo posible, no es deseable que sea la opinión de los jueces la que determine cuáles son los derechos y obligaciones de los ciudadanos, y los límites de los poderes, cuando para esos existen mecanismos institucionales específicos.¹¹

De hecho, si el reflejo de la pluralidad judicial es algo que debe ser considerado de modo positivo, entonces ¿qué sentido tiene implementar mecanismos centralizados de resolución de conflictos y de unificación de criterios? El motivo es que es patente que la unificación de criterios constitucionales tiene ventajas indudables, en especial cuando se refiere a los derechos fundamentales; y el conflicto siempre estará latente en la medida en que las diversas opiniones de los jueces encuentren cabida en sus resoluciones.¹² Pero tampoco se traduce en un argumento convincente en favor del control *difuso* el hecho de que finalmente existan mecanismos concentrados para la unificación de criterios; no cuando estos mecanismos no son expeditos (y no lo suelen ser, pues serían contrarios a la lógica del control difuso).

Por ejemplo, en México la controversia acerca de la interpretación constitucional sobre la penalización del aborto estaba abierta por lo menos desde el año 2008. No obstante, no ha sido sino hasta el año 2021 que la Suprema Corte ha zanjado esta polémica en favor de la interpretación que favorece a la despenalización. Lo que esto significó es que, por más de diez años, en diversas partes del territorio mexicano hubo muchas mujeres encarceladas por ejercer lo que para muchas otras mujeres en el país era una prerrogativa. Esto es, como cuestión de hecho, por más de diez años, en México

¹¹ Para evitar equívocos, no es algo negativo *per se* que los jueces tengan diversas opiniones sobre cuáles *deberían ser* nuestros derechos y obligaciones. Sin duda, algunos serán más conservadores que otros; todos cuentan con diversas experiencias de vida, etc. En este tenor, como cualquier ciudadano, los jueces cuentan con mecanismos específicos mediante los cuales buscar que su opinión encuentre reflejo en el derecho. Pero esto es muy distinto a que discrepen acerca de cuáles *son* los derechos y obligaciones, con independencia de sus propias opiniones. En este sentido, el deber del juez es juzgar conforme a derecho, la legislación, los precedentes, los tratados, incluso si esto contraviene sus preferencias personales.

¹² De hecho, a pesar de contar con un sistema de control difuso, para evitar la proliferación de criterios interpretativos y procurar respetar las leyes y las razones que llevaron a su creación, la doctrina constitucional estadounidense ha formulado dos reglas de deferencia al legislador. La regla de la interpretación conforme exige que, entre varios significados posibles, el intérprete opte por el que mejor se adecue al cuerpo constitucional. La regla de presunción de constitucionalidad exige una carga argumentativa fuerte para mostrar que la correcta interpretación de un texto legislativo con la del texto constitucional y, frente a cualquier duda acerca de la interpretación correcta, ésta debe resolverse en favor del legislador (Thayer, 1893).

había mujeres que contaban con el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y plan de vida, y muchas mujeres que no contaban con este derecho (e incluso era un delito), siendo que, *de facto*, el único criterio que establecía quién contaba con esta prerrogativa era el del lugar de residencia de las mujeres.

Finalmente, si bien existen teorías normativas acerca de cómo interpretar cuestiones constitucionales abstractas e intrincadas, la facultad interpretativa de los jueces significa que pueden adoptar la teoría que les plazca e, incluso, no adoptar ninguna teoría y guiarse por su mejor juicio. También, como se ha expuesto, no está demostrado que alguna de estas teorías garantice un resultado adecuado, ni existe un criterio objetivo para determinar cuál teoría de la interpretación y argumentación jurídica es la correcta y que, por tanto, sea la que los jueces deberían utilizar para resolver cuestiones constitucionales.

VI. TEORÍA JURÍDICA Y CONTROL CONSTITUCIONAL. CAMINO HACIA UN DESENLACE

En contra de la opinión de que el control difuso es necesario para la viabilidad del paradigma del constitucionalismo de los derechos, de hecho, existen buenos motivos para sospechar que este esquema de control constitucional sea siquiera propicio para concretar las exigencias elementales del Estado de derecho. Desarmado de argumentos concluyentes, al optimista no le queda más que apelar a confiar en las capacidades de los jueces ejerciendo su mejor juicio, y en que, a pesar de nuestro temor acerca de la proliferación de un caos de criterios interpretativos, las cosas no serán así e incluso que estos arreglos serán para bien. Pero esta respuesta resulta poco satisfactoria. La invitación a tener fe en que las autoridades se controlarán en su actuar es contraria a la lógica del constitucionalismo. Respecto del ejercicio del poder hemos de preferir toda medida que lo encauce lo más posible.

En todo caso, el optimista podría replicar que la postura teórica del escéptico no ofrece respuestas al problema de la vaguedad y la indeterminación en la interpretación. De hecho, puesto que el escepticismo se limita a una empresa descriptiva, y no abarca una normativa, esta postura no cuenta con argumentos propios ni concluyentes para decantarse por uno u otro esquema de control constitucional. En efecto, esto es cierto. Pero el escéptico simplemente habrá de responder que los argumentos para preferir un determinado diseño institucional de control constitucional no son propios de la

teoría jurídica, sino que son políticos y, cuando mucho, pueden apoyarse y estar influidos por consideraciones de la teoría jurídica para preferir uno u otro diseño.

Como he adelantado, incluso un optimista podría inclinarse por un esquema de control concentrado si, por argumentos similares a los que he expuesto, considera que es posible llegar a respuestas correctas, pero debido a la dificultad que implica llegar a ellas, es preferible políticamente que la actividad de control constitucional se concentre —en la medida de lo posible— en una única instancia especialmente capacitada para llevar a cabo esa función, de modo que se evite la pluralidad de interpretaciones (más o menos erróneas), se procure una única respuesta profundamente madurada, y se procure la igualdad sustantiva en el goce de los derechos de los ciudadanos.

No obstante, existe una cuestión relevante por responder. ¿Si la interpretación es inevitable, qué garantiza que el control concentrado mantenga la uniformidad en los criterios de aplicación del derecho? ¿Si no hay respuestas correctas (o no existen criterios que garanticen llegar a ellas), qué sentido tiene la preferencia por un esquema de control constitucional centralizado?

Ciertamente, la interpretación es virtualmente ineludible, y el esquema de control concentrado no garantiza ni resultados correctos en los juicios de los jueces constitucionales, pero tampoco que los jueces ordinarios adopten esquemas interpretativos consistentes en la aplicación del derecho de un ordenamiento. Esto es, no existe forma de garantizar que los jueces efectuarán las mismas interpretaciones, asumirán los mismos criterios, y llegarán a los mismos resultados. De hecho, el problema de la consistencia interpretativa es inherente al derecho, con independencia de su diseño. No obstante, considero que, conforme a lo expuesto, es posible esgrimir argumentos acerca del raciocinio inherente al control constitucional concentrado que lo presentan como preferible al control difuso de cara a la consecución de los ideales del Estado de derecho. Esto es, que el control concentrado incita a los jueces a procurar mantener una cierta uniformidad en sus criterios, de modo que todos hablemos el mismo “idioma” jurídico en materia de derechos.

Con Laporta (2009, p. 58), es posible respaldar la visión de que la judicatura es un cuerpo de profesionales del derecho que asume una actitud de deferencia respecto de las normas del ordenamiento y que, en general, no acepta embarcarse en empresas creativas o justicieras si no se los requiere. En general, nos dice, estos profesionales no piensan en realizar *Justicia*, con mayúscula, sino en aplicar las normas a las que se sienten sometidos.

En esta línea, para procurar en la mayor medida posible atenerse a la aplicación conforme de esas normas, su labor será prudente, lo que significa que procurarán no apartarse del significado convencional, y que se atenderán cuanto sea posible al principio dogmático de presunción de constitucionalidad de las leyes y de su origen democrático. Respecto de los casos controvertidos, los casos difíciles, como mejor estrategia prudencial (Laporta, 2009, pp. 90-91), se propondrán atender a la práctica de sus pares para procurar mantener aproximadamente los mismos cánones interpretativos. Son conscientes de no ser Hércules, y de sus capacidades finitas de racionalidad y para procesar información, por lo que únicamente de forma excepcional, como cuando es la primera vez que se plantea un caso y el material de las fuentes es muy vago, realizarán interpretaciones novedosas. Que los jueces adopten esta actitud es más probable cuando se les dice que ellos no son los responsables directos de llevar a cabo juicios morales densos e intrincados, como los que conlleva el control de constitucionalidad en materia de derechos. Además, contra lo que se puede llegar a suponer (Vázquez Sánchez, 2021, pp. 349-350), este esquema tampoco exime a los jueces de (o debilita) la exigencia de fundamentar y motivar sus decisiones. Aunque más prudente, continúan realizando una labor interpretativa que se desahoga mediante argumentos que explican los motivos de sus decisiones,¹³ y está claro que la exigencia que la ley les impone de motivar sus decisiones implica que deben exponer esos argumentos.

En caso contrario, si a los jueces se les requiere que realicen esos juicios morales densos, se les invita en mayor medida a cuestionarse sobre la labor de juzgar conforme a reglas preestablecidas, a actuar por mayor convicción que prudencia. Se les está diciendo que existe la posibilidad de que esas reglas violen derechos y que es su responsabilidad evitar que esto suceda. Esto es, en cierto sentido se le invita a realizar Justicia, con mayúscula. Pero no se les dice cuándo estas reglas violan derechos y contravienen la Constitución. Esto es tan difícil de determinar que no se les puede señalar de antemano cómo y cuándo la aplicación de una ley acarrea un caso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, deben ser menos prudentes y actuar con mayor gallardía y convicción, pues es parte de la labor de los jueces aventurarse cuando ten-

¹³ De hecho, como expone Guastini (2008, p. 50), una técnica interpretativa no es sino un procedimiento intelectual que discurre en la forma de un discurso acerca del seguimiento de determinados pasos por los cuales se ha decidido otorgar un determinado significado a un texto. La motivación de las sentencias consiste en hacer públicos esos pasos intelectuales por medio de los cuales se ha llegado a esa conclusión.

gan sospecha, y alejarse de la “zona de confort” de la legislación y los significados convencionales, y de lo que sus pares hacen, para ser ellos quienes descubran y resuelvan la injusticia de la legislación que hasta ese entonces nadie más había podido vislumbrar. Finalmente, además se les libera en importante medida del peso de la responsabilidad de su actuar por convicción, pues si su decisión no es la correcta, siempre existe la posibilidad de que una instancia superior la corrija.

La interrogante que restaría por resolver es la de los tribunales constitucionales o instancias últimas de control constitucional. El planteamiento invitaría a proporcionar una respuesta en favor del control concentrado cuando éste tampoco evita la discrecionalidad y no garantiza las respuestas correctas. De hecho, no hay nada que impida que los tribunales constitucionales o últimos tomen decisiones imprevisibles, abiertamente políticas, y creadoras de derecho. Incluso es posible que una decisión de estos tribunales contravenga el significado convencional del texto constitucional y, de algún modo, decir que ha violentado la Constitución. Como Hart (1994, pp. 142-146) se ha encargado de demostrar, la definitividad de las decisiones judiciales en modo alguno involucra su infalibilidad. En esto, el escéptico o no optimista, respondería que, efectivamente, los tribunales constitucionales o instancias últimas, al ejercer el control constitucional, crean derecho, y lo pueden hacer con un margen considerable de arbitrariedad que sin duda no es deseable. No obstante, desde la perspectiva política del diseño institucional que procure los ideales del Estado de derecho, persisten argumentos más sólidos para promover el control concentrado sobre el modelo difuso.

VII. CONCLUSIÓN

La premisa que he expuesto es que el control constitucional concentrado es más adecuado para perseguir los ideales del Estado de derecho; no que sea un mecanismo totalmente idóneo. Aunque no profeso antipatía respecto del control constitucional en general, como especificué, no me interesa en este trabajo el debate en contra del control constitucional y de los jueces como intérpretes últimos. El sencillo motivo por el que considero que es preferible el control concentrado es porque estimo que es preferible tener a un único cuerpo colegiado de jueces tomando decisiones tan intrincadas y abiertas de manera sincrónica, que a una plétora de jueces tomando esas decisiones de manera diacrónica. En materia de constitucionalidad y de derechos, es pre-

ferible contar con una decisión uniforme con efectos *erga omnes*, que tener varias con efectos *inter partes*, esperando a ser dirimidas eventualmente para contar un criterio uniforme que nivele a la población en el goce de sus derechos. También, es más fácil controlar el actuar y las decisiones de un solo órgano colegiado que el de varios de sus individuos de manera difusa.

Igualmente, considero que los tribunales constitucionales, dentro de los amplios límites que encuentran, y en la peculiaridad de su labor, asumen una deferencia a la Constitución y a los derechos, así como a las leyes que emite el legislador en respeto de su manto democrático. Asimismo, ser los únicos que pueden realizar esa labor interpretativa tan sustantiva e intrincada les carga de mayor responsabilidad en sus decisiones; aunque también cuentan con más tiempo y elementos para su estudio, por lo que esto permite presumir que su labor contará con mayor prolijidad que la de un juez ordinario.

No obstante, para que no exista duda, tampoco considero que el esquema de control concentrado sea la respuesta definitiva para la protección de los derechos y la garantía del Estado de derecho; solamente pienso que es más consistente con estos fines. Y es más consistente con estos fines porque procura limitar el actuar discrecional de más individuos investidos con poder público; además de que procura la adopción de criterios unificados, más previsibles, pues provienen en gran medida dictados por la actividad de un mismo órgano. Finalmente, profeso la idea de que si lo que se desea es procurar la mayor protección de los derechos y la consecución del Estado de derecho, debemos observar las lecciones de la historia constitucional. Estos fines no se persiguen de mejor manera invistiendo con más poder público y discrecional a una multiplicidad de sujetos. El diseño que debemos procurar es que el actuar de aquellos que están investidos con poder público sea lo menos discrecional posible. Por su parte, en la toma de decisiones que por su naturaleza no pueden ser del totalmente definidas *ex ante*, y que exigen una actuar discrecional en mayor medida, es preferible contar con pocos cuerpos de decisores, bien definidos, y que puedan ejercer mecanismos mutuos de control de pesos y contrapesos, pero que también la ciudadanía pueda reconocer y examinar sus acciones. En este tenor, suscribiendo una potente idea de Roberto Gargarella (2014, pp. 332-334), considero que debemos concentrarnos en estudios más concienzudos sobre “la sala de máquinas de la Constitución”; esto es, en la organización del poder y en la forma de dirigirlo para asegurar que persiga el fin de la protección de los derechos.

VIII. REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico (J. Aguiló Regla, trad.). *Doxa*, (8), 22-38.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de normas jurídicas*. Fontamara.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (2a. ed.) (M. Atienza e I. Espejo, trads.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del Derecho (J. A. Portocarrero Quispe, trad.). En C. Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del Derecho* (pp. 29-58). Palestra.
- Aristóteles (2007). *Política* (M. García Valdés, trad.). Gredos.
- Bello Hutt, D. (2016). Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución. *Revus*, (29), 83-106.
- Bernal Pulido, C. (ed.) (2011), *La doble dimensión del Derecho*. Palestra.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política* (3a. ed.) (M. Bovero, ed.; A. de Cabo y G. Pisarello, trads.). Trotta.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (R. Agapito Serrano, trad.). Trotta.
- Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (coords.) (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización, Tomo I*. IJ-UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Bulygin, E. (1994). On Legal Interpretation. En H. J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung* (pp. 11-22). Franz Steiner.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Díaz, E. (1975). *Estado de derecho y sociedad democrática* (6a. ed.). Cuadernos para el Diálogo.
- Díaz, E. (2002). Estado de derecho y legitimidad democrática. En E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia y derechos* (pp. 75-104). Alianza Editorial.
- Díaz E. y Colomer, J. L. (eds.) (2002). *Estado, justicia y derechos*. Alianza Editorial.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (131), 917-967.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución*. Katz.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3a. ed.). Marcial Pons.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (M. Carbonell, trad.). Fontamara.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (M. Carbonell y P. Salazar Ugarte, trads.). Trotta.
- Guastini, R. (2011). *Intepretare e argomentare*. Giuffrè.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Highton, E. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización; Tomo I* (pp. 107-173). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, trad.). UNAM.
- Koch, H. J. y Neumann, U. (eds.) (1994). *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*. Franz Steiner.
- Laporta, F. (2009). Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas. En F. Laporta, J. Ruiz Manero, y M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (pp. 55-94). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Laporta, F., Ruiz Manero, J., y Rodilla, M. A. (2009). *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Montalivet, P. de (2018). QPC et «dialogue des juges». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 4(116), 919-932.
- Navarro, P. E. (2005). Acerca de la inevitabilidad de la interpretación. *Isonomía*, (22), 99-123.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política*. Siglo XXI.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2a. ed.). Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Marcial Pons.

- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional*. FCE; IIJ-UNAM.
- Scarpelli, U. (2007). *Ética jurídica sin verdad* (A. Rentería Díaz, trad.). Fontamara.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press.
- Thayer, J. (1893). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Troper, M. (2004). *Ensayos de teoría constitucional* (B. Bolaños, trad.). Fontamara.
- Vázquez, R., (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. IIJ-UNAM.
- Vázquez Sánchez, O. (2020). Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado?. *Cuestiones Constitucionales*, 1(44), 325-359.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Williams, B. (2016). *La ética y los límites de la filosofía* (S. Rosell, trad.). Cátedra.