

El diseño institucional de aplicación del Derecho y la cuestión de la relación entre Derecho y moral en tiempos del neoconstitucionalismo: el caso mexicano

The institutional design of law application and the connection between Law and Morality in times of neoconstitucionalismo: the Mexican case

Omar Vázquez Sánchez *

Resumen: En este trabajo se aborda el problema de cómo, en sistemas constitucionalizados (como el mexicano), la estructura institucional de aplicación del derecho condiciona la argumentación moral en las decisiones judiciales. Así, primero, mediante “el caso ABC”, se describe el problema de la conexión del derecho y la moral; después, se examinan algunos discursos relacionados con el neoconstitucionalismo para mostrar las posibles formas de vindicar la relación entre derecho y moral; posteriormente, se analiza el modelo de aplicación del derecho mexicano que, después de 2011, obliga a los jueces a interpretar directamente disposiciones que expresan derechos los cuales aparentemente remiten a la argumentación moral; para finalizar, se argumenta que, para explicar el papel de la moral en el razonamiento jurídico, necesitamos tener en cuenta el diseño institucional de aplicación del derecho, pues éste limita el espacio que, en los sistemas jurídicos constitucionalizados, la moralidad tiene en algunas prácticas adjudicativas; con ello también se discute y se rechaza la idea según la cual estas prácticas conducen hacia un «activismo moralizador».

Abstract: This work addresses the problem of how, in constitutionalized systems (such as the Mexican one), the institutional structure of law application conditions moral argumentation in judicial decisions. Thus, first, through “the ABC case”, the problem of the connection between law and morality is described; then, some discourses related to neoconstitucionalismo are examined to show the possible ways to affirm the relationship between law and morality; subsequently, the model of application of Mexican law is analyzed, which, after 2011, forces judges to directly interpret provisions that express rights which apparently refer to moral argumentation; to conclude, we argued that, to explain the role of morality in legal reasoning, we need to consider the institutional model of law application, since this limits the space that, in constitutionalized legal systems, morality has in some adjudicative practices; with this, the idea according to which these practices lead towards «moralizing activism» is also discussed and rejected.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, moral y derecho, argumentación moral, argumentación jurídica, aplicación del derecho.

Key words: (Neo)constitutionalism, morality and law, moral argumentation, legal argumentation, application of law.

Fecha de recepción: 24-1-2024

Fecha de aceptación: 6-2-2024

*Profesor del Centro de Investigaciones Jurídico Políticas (CIJUREP) de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México). Contacto: o.vazquez@uatx.mx

1. Introducción. El caso ABC: una discusión sobre la relación entre derecho y moral en la Suprema Corte mexicana

El 5 de junio de 2009, en la ciudad de Hermosillo, Sonora, México, alrededor de las 14:40 horas, se registró un incendio en las instalaciones de la estancia infantil denominada «Guardería ABC, S. C.». Desafortunadamente, en estos hechos, 49 menores perdieron la vida y 106 resultaron heridos, todos de entre cinco meses y cinco años de edad. El 06 de agosto de 2009, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó, por mayoría de votos, con fundamento en el ahora extinto párrafo segundo del artículo 97 constitucional¹, investigar los hechos ocurridos en la Guardería ABC. Finalmente, el 14 de junio de 2010 fue presentado un proyecto de resolución, el cual fue analizado y discutido durante seis sesiones². Básicamente, en su resolución, la Suprema Corte resolvió dos cuestiones: primero, se confirmó una violación grave de los siguientes derechos fundamentales: a) de los niños y su interés superior, b) del derecho a la integridad física, c) del derecho a la protección de la vida, d) del derecho a la seguridad social, y e) del derecho a la salud; segundo, se señaló la «vinculación» de algunas autoridades en relación con la vulneración de estos derechos fundamentales.

Este caso ha sido uno de los más relevantes que, en los últimos años, ha resuelto la Suprema Corte mexicana; en este asunto se debatieron distintas cuestiones de diversa naturaleza: por un lado, en el ámbito jurisdiccional, se discutieron temas tales como las características de la facultad de investigación consagrada en la Constitución mexicana, las implicaciones de una violación grave de derechos fundamentales y las autoridades involucradas y/o responsables de dichas violaciones, entre otros; por otro lado, en el ámbito de la opinión pública, se abordaron temas como la crisis del Estado de Derecho en México, el papel de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional en un contexto democrático, la responsabilidad de los servidores públicos, por mencionar algunos; por su parte, en el ámbito académico, se analizó fundamentalmente la naturaleza de la Suprema Corte como intérprete de la Constitución, la ponderación de principios y valores constitucionales

¹ El artículo 97, párrafo segundo, de la Constitución mexicana establecía lo siguiente: «La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrados de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. [...]». Mediante decreto de 10 de junio de 2011 se eliminó esta facultad constitucional de la SCJN. Ahora, dicha facultad está a cargo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Esta «transferencia de la facultad de investigación de la SCJN a la CNDH», para alguna parte de la doctrina (por ejemplo, Guerrero Rodríguez, 2015), supuso «un retroceso constitucional».

² La resolución y otros documentos relacionados con este caso pueden consultarse en el siguiente link: <https://www.scjn.gob.mx/cronicas-del-pleno-y-de-las-salas/facultad-de-investigacion-para-averiguar-la-violacion-grave-de>

aparentemente en colisión (por ejemplo, el debido proceso y el acceso a la justicia), la eliminación de la facultad de investigación establecida en el artículo 97 de la constitución mexicana, y otras más. Incluso, quince años después de estos hechos tan lamentables, se siguen debatiendo cuestiones como el origen del incendio, el significado jurídico de la expresión «vinculación» con relación a la violación de derechos humanos, la ejecución de sanciones a los implicados, la exoneración e impunidad de altos funcionarios, la eficacia de una ley publicada para mejorar la prestación de servicios para la atención, cuidado y desarrollo integral infantil, etcétera.

No es este el lugar para analizar todas estas cuestiones, sin embargo, durante las sesiones en las que se abordó el caso de la guardería ABC, el Pleno de la SCJN discutió un tema interesante tanto para la teoría como para la práctica del Derecho, me refiero a la histórica y compleja relación entre derecho y moral (Vázquez, 2006). Efectivamente, en este caso, las y los jueces constitucionales asumieron dos de las posiciones conocidas sobre esta cuestión: por un lado, hubo quien aceptó la conexión entre derecho y moral, pero también hubo quien negó dicha conexión (Moreso, 2012).

Así, para justificar sus argumentos a propósito de este debate, las y los ministros de la SCJN citaron a distintos filósofos del Derecho; fueron referenciados Tomás de Aquino, Cicerón, Luis Recasens, Carlos Santiago Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin, entre otros. Por ejemplo, el ministro ponente del caso, Arturo Zaldívar, expresó lo siguiente (SCJN, 2023: 7-9):

«Una de las cuestiones que generó más inquietud fue esta cuestión de hablar de política, de ética, de moral; varios de los señores ministros manifestaron que esto no era hablar de derecho, que teníamos que ser jurídicos. Teniendo una perspectiva -desde mi punto de vista- muy reduccionista de lo que es el fenómeno jurídico, el fenómeno jurídico es mucho más que lo que usualmente se cree, sobre todo el fenómeno jurídico constitucional.

Primer aspecto al que voy a dar respuesta, lo que tiene que ver con la autoridad moral de esta Suprema Corte. Sobre esto se hicieron dos objeciones que quiero adelantar, en ninguno de estos sentidos es que se usaba el término “autoridad moral de la Suprema Corte”. Una primera cuestión se decía: la moral se identifica con la religión, yo creo que no; hay una moral pública, hay una moral laica, hay una moral privada. El fundamentalismo se da cuando se pretende que la moral coincida con mi religión y entonces como mi religión es la que tiene la moral yo impongo esa moral religiosa a todos los demás, no; esto no es así y me voy a permitir leer una pequeña nota que son unos cuantos párrafos contra mi costumbre de leer en mis intervenciones salvo cuando me toca presentar un proyecto. Cuando el proyecto habla de moralidad o ética se hace alusión a los principios morales que subyacen a las normas constitucionales, particularmente a principios como la libertad, la igualdad, la dignidad, la solidaridad o la seguridad; principios que han sido juridificados, a través de su incorporación al texto constitucional. La ética privada defendida por

una iglesia, una confesión religiosa o una escuela filosófica no puede pretender ser una ética pública. La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, o de realización de la condición humana desde una concepción del bien, la virtud o la felicidad; sus destinatarios son los individuos en particular, no se puede imponer a todos.

Por su parte, la ética pública es el conjunto de objetivos o de fines que se considera debe realizar el Poder político a través del derecho; como moralidad política su vocación es la de configurar y organizar la vida social y establecer los objetivos y responsabilidades del Poder a través del derecho. Las formas en que se integra la moralidad en el derecho como ética pública es a través de los valores, de los principios de organización, de producción normativa y de interpretación de los derechos fundamentales; ahí donde existe garantía de la Constitución y una exigencia de la ética pública democrática, los Tribunales Constitucionales tienen la última palabra sobre el sentido de los valores, de los principios y de los derechos; es decir, el contenido de la ética pública. La apertura a la moralidad es una necesidad de los derechos fundamentales que arrancan y se fundamentan en una moralidad pública, la de la modernidad y que tienen como objetivo central crear condiciones sociales a través del derecho para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad.

Esta distinción ha sido recogida por un gran número de teóricos del derecho, en este momento me gustaría recordar las palabras de Robert Alexis al momento de señalar que, cito: 'La vigencia de las normas de derechos fundamentales significa que el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral, esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos ius fundamentales materiales: los de dignidad, libertad e igualdad, éstos son al mismo tiempo conceptos básicos de la filosofía práctica, con ellos han sido incorporados a la Constitución y así al derecho positivo los principios más importantes del derecho racional moderno'; consecuentemente, esto no es ajeno a la función de un tribunal, al contrario (*sic*)».

En esta cita, hay distintas cuestiones que deben analizarse con exhaustividad³, una de ellas se refiere al problema que supone la incorporación de la moral al derecho mediante las disposiciones constitucionales que establecen derechos; éste es un problema que, como se sabe, han discutido con gran intensidad los teóricos y filósofos del derecho (Nino, 1994)⁴, pero, según se aprecia en la cita anterior, se trata de un problema que no sólo le interese al gremio iusfilosófico, también por supuesto es una cuestión fundamental para

³ Por ejemplo, una cuestión interesante es el uso de las citas doctrinales en las sentencias de la SCJN no solo porque ésta no era una práctica común en la labor justificativa de los jueces constitucionales sino que, como afirman Pegoraro y Figueroa (2016), tampoco los estudiosos del derecho le han prestado la atención debida.

⁴ En este sentido, no sin razón, Ernesto Garzón Valdés (2000: 397) afirma que no existe «ningún teórico o filósofo del Derecho, cualquiera que sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre Derecho y moral».

quienes aplican el derecho, de modo que su tratamiento es relevante tanto para la teoría como para la práctica jurídica, sobre todo en contextos en donde aparentemente se ha incrementado la moralización del derecho (Prieto Sanchís, 2013; *cfr.* Pérez Luño, 2007).

En este documento me ocuparé de algunas de estas cuestiones; más específicamente, en el apartado II, considerando algunos discursos iusfilosóficos relacionados con el denominado neoconstitucionalismo, me referiré a la relación entre Derecho y moral; esto por varias razones⁵ pero fundamentalmente porque dicho paradigma jurídico nos ofrece un marco teórico para explicar los distintos modos de vindicar la relación entre el derecho y la moral en sistemas jurídicos constitucionalizados; en efecto, en opinión de algunos autores (por ejemplo, Comanducci, 2009), el éxito del neoconstitucionalismo radica en su capacidad para explicar el proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico (Guastini, 2007); especialmente, cuando, en este tipo de ordenamientos, los derechos fundamentales son un puente entre Derecho y moral (Prieto Sanchís, 2010); así, el neoconstitucionalismo no sólo describiría adecuadamente dicho sistema y sus prácticas, sino que también, frente a otras teorías jurídicas, particularmente, el positivismo jurídico (Atienza y Ruiz-Manero, 2007), sería la mejor teoría del Derecho para explicar casos como el ABC, pues la incorporación de la moral al derecho es una característica significativa de este tipo de casos (García Figueroa, 2009).

⁵ El hecho de que, para justificar la interpretación del artículo 97 de la Constitución mexicana, las y los jueces constitucionales hayan utilizado ideas de «autores neoconstitucionalistas» como Robert Alexy, Carlos S. Nino y Ronald Dworkin, sugiere reflexionar dicha cuestión a partir de ese paradigma, pues como afirma la inventora del término «neoconstitucionalismo», Susanna Pozzolo (1998), esta teoría se conformó fundamentalmente con los escritos de Alexy, Nino y Dworkin. Sobre este punto, por cierto, es importante no confundir, como sugiere Vázquez Sánchez (2020), que no son lo mismo «simpatizantes del neoconstitucionalismo» y «autores neoconstitucionalistas», en el sentido de que aquéllos todavía guardan una cautelosa distancia frente a la etiqueta «neoconstitucionalismo», mientras que los últimos han aceptado explícitamente dicha etiqueta; en este sentido, sin embargo, es importante advertir que los autores así llamados «neoconstitucionalistas», esto es, los que en su momento se tuvieron como referentes del neoconstitucionalismo, como sus autores más representativos, tales como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, entre otros, ni se representan ni se reconocen a sí mismos como «neoconstitucionalistas»; al contrario, uno de ellos, Ferrajoli (2012), ha reaccionado en contra del neoconstitucionalismo, distanciándose de él, de una manera, por demás, enfática: liquidando la etiqueta «neoconstitucionalismo». Por esta razón, sugiere el autor referido (Vázquez Sánchez, 2020), se podría distinguir entre los autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas y los autores neoconstitucionalistas; los primeros, serían aquellos autores que se tienen como referentes del neoconstitucionalismo (por ejemplo, Alexy, Dworkin, Nino o Zagrebelsky), cuyas tesis son interpretadas individualmente, pero también en su conjunto, suministrando con ello las tesis seminales, fundamentales o típicamente neoconstitucionalistas; mientras que los segundos, serían aquellos autores que, primero, se reconocen a sí mismos en tal condición, pero, segundo, porque se representan con algunas de las tesis desarrolladas por los autores paradigmáticamente neoconstitucionalistas (especialmente, éste es el caso de García Figueroa, 2009).

Después de mostrar las posibles formas de interpretar la relación entre Derecho y moral en el (y desde el) paradigma neoconstitucionalista, en el apartado III, analizaré el diseño institucional de aplicación del Derecho en México que, entre otros aspectos, obliga a los jueces a interpretar directamente textos jurídicos que incorporan amplios catálogos de derechos humanos; en efecto, como veremos, la configuración del «nuevo paradigma constitucional» mexicano (Carbonell y Salazar, 2011), me permite discutir tanto las consecuencias de asumir alguna de las posibles tesis neoconstitucionalistas sobre la relación entre Derecho y moral como, más específicamente, la cuestión sobre si este nuevo diseño institucional de aplicación del derecho instaurado fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 2011 condiciona o no el uso de la argumentación moral en las decisiones judiciales.

Al final, argumentaré que, para explicar el papel de la argumentación moral en el razonamiento jurídico, necesitamos tener en cuenta el diseño institucional de aplicación del Derecho, pues éste puede limitar el espacio que, en los sistemas jurídicos constitucionalizados, la moralidad tiene en algunas prácticas adjudicativas; con ello estaré en condiciones de discutir un temor que razonablemente se puede afirmar en relación con estas prácticas que son producto de una cultura neoconstitucionalista, me refiero al problema de un posible «activismo moralizador» (Moreso, 2020) por parte de los jueces mexicanos.⁶

2. Tres formas neoconstitucionalistas de interpretar la relación entre Derecho y moral

La expresión «neoconstitucionalismo» fue creada por algunos integrantes de la denominada «escuela genovesa»⁷ para identificar y, especialmente, criticar

⁶ La actividad de quienes estudian el fenómeno jurídico suele distinguirse entre «descriptiva» y «prescriptiva» (Comanducci, 2010); en la literatura jurídica contemporánea, hay debates importantes sobre esta distinción, de los cuales, claramente, no podría ocuparme en este trabajo, ni siquiera a modo de síntesis -sobre este problema, sin embargo, se puede consultar los trabajos siguientes: así, por ejemplo, para la teoría y filosofía del derecho, véase Bayón (2012); para la ciencia y la dogmática jurídicas, véase Núñez Vaquero (2014, 2015); para la investigación jurídica, véase Mora-Sifuentes (2023, cap. I); para la teoría analítica del derecho, véase Bix (2006), entre otros-. A pesar de esto, quiero advertir que mis reflexiones en este trabajo son prioritariamente descriptivas en el sentido de que trato de explicar cómo el diseño institucional de aplicación del derecho de un sistema jurídico constitucionalizado (en específico, el mexicano) condiciona el uso de la argumentación moral; sin embargo, como afirman, entre otros, Bix (2006) y Moreso (2008), dar cuenta de problemas generales del derecho -como, por ejemplo, las relaciones entre derecho y moral- o problemas específicos del razonamiento jurídico -como el papel que en éste desempeña la argumentación moral- desde una perspectiva «puramente descriptiva» es muy difícil, de modo que, para comprender adecuadamente este tipo de problemas, es imposible no embarcarse en algún tipo de elucidación «normativa», aunque, como afirma Moreso (2008: 190) con toda precisión, esta última tarea «es de naturaleza muy abstracta y no autoriza la introducción de juicios de valor particulares por parte del teórico», que es todo lo que pretendo hacer aquí.

⁷ La mayoría de los integrantes de esta Escuela se han ocupado del neoconstitucionalismo. Originalmente lo hicieron Pozzolo, Comanducci y Barberis (2003), sin embargo, a la fecha otros

una posible nueva teoría del Derecho (Pozzolo, 1998; Comanducci, 2003 y Barberis, 2003). Este uso inicial, sin embargo, fue modificado rápidamente: el neoconstitucionalismo no sólo terminó significando una nueva teoría del Derecho, sino que también con ella se designó una metodología, una ideología, una forma de sistema político-jurídico y una filosofía jurídica (Pino, 2012).

Aunque los problemas de vaguedad y ambigüedad de la expresión neoconstitucionalismo son criticados por muchos autores (por ejemplo, García Amado, 2009), otros consideran que esto no es un defecto, en realidad, afirman estos autores (entre otros, Prieto Sanchís, 2010), la pluralidad significativa del neoconstitucionalismo es una muestra clara de la vitalidad de este fenómeno⁸; incluso, hay quien ha interpretado todo esto como una buena oportunidad para que, a partir de una reconstrucción de sus distintos significados, el neoconstitucionalismo sea más comprensible (Pozzolo, 2015) y, por tanto, deje «de ser simplemente un *meme* afortunado» para que eventualmente se convierta «en una teoría compacta» (García Figueroa, 2012: 123).

Más allá del escepticismo o el optimismo que genera el neoconstitucionalismo (Vázquez Sánchez, 2020), lo cierto es que se trata de uno de los fenómenos jurídicos más exitosos de los últimos tiempos. Esto se puede constatar de distintas maneras⁹, pero es el interés que dicho fenómeno suscita entre los juristas una muestra clara de ello, pues si bien es un tópico que interesa fundamentalmente a los iusfilósofos, lo cierto es que, directa o indirectamente, también otros estudiosos del derecho se han ocupado de él (García Figueroa, 2012). Con todo, pese a sus defectos e imprecisiones, el neoconstitucionalismo es un fenómeno que difícilmente puede ser ignorado.

Luigi Ferrajoli, uno de los grandes teóricos del Derecho de nuestro tiempo, ha hecho lo propio. En efecto, en el 2012, con su artículo «Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista», Ferrajoli (2012) no sólo motivó un intenso debate sobre este fenómeno, sino que también supuso un verdadero momento de inflexión para el neoconstitucionalismo, pues Ferrajoli además de intentar expulsar del lenguaje de los juristas la palabra «neoconstitucionalismo», también reconstruyó dos versiones teóricas de él para enfrentarlas, evaluarlas y, eventualmente, declarar como vencedora a una de

integrantes, como Riccardo Guastini (2013) y Giovanni Battista Ratti (2015), también se han referido a este tópico. Ferrer Beltrán Jordi y Ratti (2011) se han ocupado de la llamada «*Scuola genovesa*».

⁸ En palabras de Alfonso García Figueroa (2012: 120): «la ambigüedad del neoconstitucionalismo ha sido contemplada como un grave inconveniente. Sin embargo, para ser justos también debemos reivindicar su aspecto positivo, puesto que quizá la controvertibilidad sea uno de los mayores rasgos de vitalidad de una teoría y en esa medida, creo que la ambigüedad de 'neoconstitucionalismo' es una consecuencia del carácter controvertido y vivo de la teoría en formación que designa».

⁹ El éxito del neoconstitucionalismo no sólo es académico, también -y sobre todo- judicial, pues algunos tribunales, para bien o para mal, se han visto influenciados por dicha concepción jurídica (Vázquez Sánchez, 2020).

ellas, por supuesto, la suya, o sea, el Constitucionalismo garantista (*cfr.* Vázquez Sánchez, 2020).

Sin embargo, con todo esto, paradójicamente, Ferrajoli provocó un *revival* del neoconstitucionalismo, en dos sentidos: en primer lugar, porque esta etiqueta fue defendida con más y mejores argumentos no sólo por parte de sus optimistas promotores (García Figueroa, 2012), sino también, por paradójico que parezca, por sus creadores, quienes, como se advirtió, si bien originalmente inventaron dicha etiqueta para criticarla sin contemplaciones (Barberis, 2012), ahora, sin embargo, la defienden de sus detractores (Barberis, 2015); en segundo lugar porque, para algunos autores (entre otros, García Figueroa, 2012), Ferrajoli debió identificar no dos sino tres versiones del neoconstitucionalismo teórico: el principialista, el garantista y el incorporacionista (Moreso, 2012), de modo que si bien es cierto la distinción ferrajoliana del neoconstitucionalismo fue relevante, también es cierto que no fue del todo precisa, pues no son dos sino tres las versiones teóricas del neoconstitucionalismo; en suma, me parece que, con Ferrajoli, el neoconstitucionalismo no sólo resurgió de sus cenizas, sino que además se renovó exitosamente.

Ahora bien, para fines de este trabajo, es importante advertir que la división del neoconstitucionalismo teórico en tres está relacionada con tres formas de interpretar la relación entre Derecho y moral, aunque ciertamente ésta no es la única forma de caracterizar las tesis que fundamentalmente asume (o se le pueden atribuir a) este paradigma jurídico¹⁰. Sin embargo, centrándonos en la cuestión de la relación entre derecho y moral, debemos considerar, como lo hace José Juan Moreso (2012), que las relaciones modales de estos dos conceptos pueden ser de tres tipos: necesarias, imposibles y contingentes.

Estas formas de representar la relación entre derecho y moral, en los discursos de teoría del Derecho (Moreso y Vilajosana, 2004), suelen identificarse con algunas concepciones jurídicas; así, la primera estaría vinculada con el

¹⁰ Recientemente (sobre todo después de la discusión de Ferrajoli, 2012), al neoconstitucionalismo teórico, en sus versiones garantista, principialista e incorporacionista, se le atribuyen las tesis siguientes: a) la distinción entre derecho y moral; la distinción entre reglas y principios, y c) la distinción entre ponderación y subsunción (Ferrajoli, 2012; pero especialmente Barberis, 2015). A partir de la interpretación que los distintos autores hacen de dichas tesis se han distinguido las tres versiones teóricas del neoconstitucionalismo referidas (Vázquez Sánchez, 2020); así, por ejemplo, el neoconstitucionalismo principialista afirmarían, en oposición al constitucionalismo garantista, las tesis siguientes: a) la conexión necesaria entre derecho y moral, b) la contraposición fuerte entre reglas y principios, y 3) el papel imprescindible de la ponderación en el ejercicio de la jurisdicción (Ferrajoli, 2012). No es el objeto central de este texto discutir todas estas cuestiones, pero es importante advertir cuáles son las tesis que paradigmáticamente defiende el neoconstitucionalismo en cuanto teoría jurídica. Si, por otro lado, al neoconstitucionalismo se le caracteriza como una ideología o como una metodología, esta caracterización suele acompañarse de otras explicaciones. Al respecto, es importante recordar la distinción que para estos fines formuló Comanducci (2003), y que recientemente amplió Pino (2012) y Ratti (2015). También, Moreso (2020) nos ha ofrecido «diez tesis sobre el neoconstitucionalismo».

iusnaturalismo, tanto en sus versiones tradicionales como contemporáneas, pues para estas corrientes jurídicas la identificación del derecho implica necesariamente el uso de la argumentación moral (pp. 40-43); la segunda, por su parte, se vincula con las doctrinas del positivismo jurídico, ya que, en este caso, la identificación del derecho necesariamente implica el no uso de la argumentación moral (pp. 43-58); y finalmente, la tercera opción se relaciona con el positivismo jurídico incluyente según la cual se ha de considerar que la argumentación del derecho no implique necesariamente el uso de la argumentación moral y no implique necesariamente tampoco el no uso de dicha argumentación, por tanto, la conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente (pp. 58-60)¹¹.

En este sentido, si trasladamos estos discursos al análisis de Ferrajoli a propósito del neoconstitucionalismo y la cuestión de la relación entre Derecho y moral obtenemos que, aunque Ferrajoli originalmente distinguió dos teorías neoconstitucionalistas: una que afirma la conexión necesaria entre Derecho y moral, otra que niega esta conexión¹²; sin embargo, como pudimos observar, las relaciones entre Derecho y moral pueden ser de tres tipos: o bien son necesarias, o bien son imposibles, o bien son contingentes, de modo que, además de las dos referidas versiones teóricas del neoconstitucionalismo propuestas por Ferrajoli, es posible identificar una tercera versión denominada «constitucionalismo

¹¹ Para el autor citado (Moreso, 2012), distintos autores, en efecto, han defendido alguna de esas posibles conexiones. Así, pensadores clásicos como Tomás de Aquino o Agustín de Hipona, por ejemplo, serían adscritos a la conexión necesaria. Ambos personajes, como se sabe, pertenecen al iusnaturalismo clásico; sin embargo, no sólo esta versión del iusnaturalismo asume como válida la conexión entre Derecho y moral, también por supuesto las modernas versiones de esta corriente jurídica aceptan dicha conexión; una de las voces más autorizadas de este paradigma jurídico lo es, sin duda, John Finnis (2000). Incluso, de algún modo, algunos autores contemporáneos llamados anti-positivistas o post-positivistas o simplemente no positivistas no rechazarían esta opción; así, con las reservas correspondientes, se ha sugerido a Ronald Dworkin (2007) o Robert Alexy (2013) como autores que formarían parte de esta posición. También, en este caso sugeridos por la «escuela genovesa», y siempre con las reservas necesarias, aquí participarían autores como Gustavo Zagrebelsky (1995), Carlos S. Nino (1994) o, en este caso señalados por Ferrajoli (2012: 16), Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2007). A su vez, para mencionar a los representantes de la conexión imposible, se debe considerar que esta tesis es defendida desde dos frentes: por un lado, estarían autores como Hans Kelsen (1982), Alf Ross (1963), Norberto Bobbio (1965, 2018) y los representantes tanto del «realismo jurídico norteamericano» como del «realismo jurídico italiano» (Hierro, 1996), y por otro lado estaría fundamentalmente Joseph Raz (1985), quien, para estos fines, representaría el positivismo jurídico excluyente (Moreso, 2012). Para finalizar, sobre la conexión contingente, el citado Moreso (2009) sería uno de los autores adscritos a esta opción, aunque también es posible identificar, entre otros, a Waluchow (2007), Coleman (2001) y Kramer (2004).

¹² Por cierto, Ferrajoli (2012) a la primera versión le denominó constitucionalismo principialista y/o no-positivista y/o anti-positivista y/o post-positivista y/o, simplemente, iusnaturalista; mientras que, a la segunda versión, le denominó constitucionalismo garantista y/o iuspositivista.

incorporacionista» (Moreso, 2012) que expresa la conexión contingente entre Derecho y moral (Vázquez Sánchez, 2012)¹³.

En el universo teórico y práctico de los juristas todas estas afirmaciones no son nada pacíficas (Moreso, 2008), sin embargo, debemos plantearnos la cuestión de si es posible no recurrir a la argumentación moral para determinar el contenido de los derechos fundamentales que se han constitucionalizado o incorporado como «derechos humanos de fuente internacional»¹⁴; o, por el contrario, si la argumentación moral es un ingrediente que realmente se ha incorporado al Derecho a través de los derechos que suelen expresarse en términos «valorativos» o «evaluativos» –por ejemplo, «dignidad humana», «libre desarrollo de la personalidad», «prohibición de penas inhumanas o degradantes», entre otros-.¹⁵

¹³ Aunque distinguibles en muchos sentidos (por ejemplo, el contexto de su surgimiento o, incluso, las consecuencias de sus discusiones), para fines de este trabajo, asumiré que el «constitucionalismo incorporacionista» es una especie del género «positivismo jurídico incluyente», pues estas concepciones jurídicas se pueden caracterizar a partir de la tesis de la conexión contingente entre derecho y moral. Esta afinidad, por cierto, no es novedosa, ya otros autores se han referido a ella; específicamente, Comanducci (2003: 87) y Moreso (2012: 189).

¹⁴ En México, con esta expresión, el profesor Héctor Fix-Zamudio (2006) se ha referido a la incorporación en el ordenamiento jurídico mexicano de los tratados de derechos humanos reconocidos por dicho Estado.

¹⁵ Es importante advertir que las declaraciones de derechos no son el único mecanismo incorporacionista, también el uso de «conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes o el de dignidad humana» posibilita la conexión entre derecho y moral (Moreso 2012a: 35); en Moreso, 2013, hay una explicación más detallada de esta última cuestión; sobre conceptos «abstractos de carácter evaluativo» –por ejemplo, los «conceptos esencialmente controvertidos» y los «conceptos jurídicos indeterminados»– como generadores de indeterminación jurídica, pero especialmente como formas de incorporar el razonamiento moral al Derecho, véase Iglesias, 2006. Ahora bien, que, efectivamente, existan diversas formas de explicar la incorporación de la moral al derecho, esto, sin embargo, no nos dice mucho sobre (a) si realmente la remisión que las disposiciones jurídicas hacen a la argumentación moral es de éste u otro tipo; tampoco sobre (b) si el recurso a la moralidad funciona o bien como un recurso para justificar el seguimiento de una regla a partir de sus razones subyacentes o bien para dotar de contenido no sólo jurídico sino también moral a aquellas disposiciones que, particularmente, expresan derechos; menos aún sobre (c) quién activa la maquinaria incorporacionista; ni por supuesto sobre (d) su comportamiento en relación con el diseño institucional de aplicación del derecho. Es muy difícil abordar todas estas cuestiones en este trabajo no sólo por razones de espacio, sino fundamentalmente por su complejidad. Sin embargo, algunas de ellas son analizadas en Moreso, 2022 –especialmente, véase las respuestas que sobre estas cuestiones Moreso ofrece a Bayón (2022)-; más específicamente, sobre (a), por ejemplo, Bayón, 1996; sobre (b), por ejemplo, Schauer, 2004; sobre (c), por ejemplo, Moreso, 2022; y sobre (d), por ejemplo, Atienza y Ruiz-Manero, 2001, y Moreso, 2020. A pesar de esto, me gustaría advertir algo que me parece importante a propósito de los diversos mecanismos incorporacionistas, pues, tal vez, en este trabajo no siempre se especifica la cuestión referida en (b), de modo que me parece oportuno aclarar lo siguiente: si bien es importante distinguir entre estos mecanismos con el fin de mostrar sus diferencias y semejanzas a la hora de disciplinar la función de los operados jurídicos, pues es verdad que en algunos casos activan el acceso a las razones subyacentes (de tipo moral) de una regla, pero en otros requieren que el contenido de lo moral referido en una disposición jurídica sea colmado con argumentación moral, sin

Ante este panorama, se debe tener claro que transitar por alguna de las posibles vías de la relación entre derecho y moral tiene inevitablemente algunas consecuencias tanto en lo que se refiere a los fundamentos de nuestra concepción del fenómeno jurídico (Hart, 1961), cuanto en lo que concierne a las decisiones judiciales en las que están implicadas disposiciones fundamentales que refieren derechos humanos (Dworkin, 1978).

En efecto, la vindicación de una u otra posición sobre la relación entre derecho y moral tiene diversas implicaciones. Por ejemplo, a pesar de no ser aceptada de manera unánime¹⁶, me parece que asumir la «tesis de la incorporación», esto es, la tesis que refiere que «cuando las fuentes del derecho (la constitución y las leyes) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral» (Moreso, 2012: 38), con ello se están aceptando tesis epistemológicas, lógicas, teóricas e incluso deontológicas acerca del Derecho y de sus prácticas tanto institucionales como adjudicativas (Escudero Alday, 2010).

No es el momento de recordar las explicaciones que acompañan a cada una de estas cuestiones, pero sí advertir qué podemos aprender de estos discursos en términos de nuestros sistemas jurídicos y nuestras prácticas adjudicativas, pues, como afirma Moreso (2012), la tesis de la incorporación puede explicar de manera acertada un hecho indiscutible que nos ofrece el moderno constitucionalismo y algunas prácticas adjudicativas relacionadas con éste, de modo que, afirma Moreso (2012: 34), esta tesis es «más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad», por tanto, si bien esta tesis supone un esfuerzo argumentativo encaminado a defender un objetivismo mínimo en materia moral (Atienza, 2017: 193-219), o cuando menos que se sugiera esta vía para descartar otras (*cfr.* Comanducci, 2010: 61-74), me parece que, fundamentalmente, esta tesis nos permite dar cuenta de un rasgo característico de nuestros ordenamientos jurídicos: que el derecho ha incorporado la moral.

embargo, parafraseando a Moreso (2022), no hay esperanza alguna de «vadear» el razonamiento moral ni por cuanto hace al contenido de las razones subyacentes que el operador jurídico eventualmente empleará para justificar el uso de una regla, ni por cuanto hace al contenido que directamente le demandará a dicho operador el concepto o la categoría moral de referencia; en otras palabras, a pesar de que es muy importante distinguir e identificar los «vados» que el derecho incorpora para cruzar los cauces de la moralidad, su paso y, con mayor razón, el punto al que nos conducen, sin embargo, nos colocan siempre en un proceso argumentativo de tipo moral. Estoy consciente que un análisis pormenorizado de esta idea requeriría de mucho más espacio, algo que no obstante dejo para otra oportunidad porque uno de mis objetivos en este trabajo es reflexionar fundamentalmente sobre (d).

¹⁶ Contra esta tesis se han presentado una serie de críticas que son expuestas de manera clara en Moreso, 2012: 129-136.

Una cuestión distinta, pero que, sin duda, depende de lo anterior, es, sin embargo, el modo en el que deben proceder los operadores jurídicos cuando el Derecho incorpora derechos con un contenido moral. En estos supuestos, la «tesis de la incorporación» no es la única opción que tienen los aplicadores del Derecho. En el siguiente apartado discutiré ésta y otras cuestiones.

3. Derecho, moral y el paradigma constitucional mexicano después de la reforma de derechos humanos de 2011

Para aplicar el Derecho, los operadores jurídicos tienen ante sí diversos criterios interpretativos y argumentativos (Ezquiaga, 2006). En cuanto al modo de interpretar los derechos consagrados en nuestros textos constitucionales (Moreso, 2014), la teoría jurídico-interpretativa nos ofrece distintas respuestas¹⁷. Así, en primer lugar, se podría afirmar que, para determinar el contenido de expresiones como «tratos degradantes», se debe acudir a aquello que deliberadamente consideraron los autores de la constitución, recuperando de este modo sus intenciones al redactar dicha expresión. Otra forma, sin embargo, consiste en apelar al modo en el que dicha expresión es entendida y usada en un contexto social, político y cultural determinado. Una forma diferente a las anteriores consiste en averiguar el (o los) objetivo(s) al que un sistema jurídico determinado sirve y, con esta información, determinar si los posibles significados de la expresión de referencia contribuyen (o no) a la satisfacción de dicho(s) objetivo(s). En cuarto lugar, dado que expresiones como «trato inhumano y degradante» son indeterminadas, entonces los jueces gozan de discreción cuando interpretan y aplican este tipo de expresiones. Finalmente, también se puede argumentar que, en los casos en los que las declaraciones de derechos remitan a conceptos y juicios de valor, los jueces pueden involucrarse en un razonamiento de moral sustantiva, ya que dichos conceptos son morales y, en consecuencia, su aplicación e interpretación requieren no sólo de argumentación jurídica, sino también de argumentación moral.

Estos criterios guardan una relación con determinados juicios acerca de la moralidad (Prieto Sanchís, 1993 y 2003); así, por ejemplo, algunas versiones del positivismo jurídico, que suelen vincularse con el escepticismo ético (Mendonca, 2001), están de acuerdo en que los jueces gozan de discreción cuando aplican conceptos valorativos incorporados al Derecho (Comanducci, 2010). O, como pudimos observar, para algunos autores iusnaturalistas, quienes usualmente fundamentan sus juicios sobre la moralidad en el denominado objetivismo moral, afirman que el verdadero significado de las reglas jurídicas está determinado por las reglas morales que condicionan su validez y su aplicabilidad (*cfr.* García Amado, 2022).

Es una cuestión muy controvertida determinar cuál es la mejor teoría del razonamiento jurídico que debe orientar la labor de los jueces cuando aplican conceptos que remiten o involucran juicios morales, pues, entre otras

¹⁷ Aquí sigo fundamentalmente a Moreso, 2009: 33.

cuestiones, supone determinar los criterios que nos permitan emplear un argumento moral en la justificación de una decisión judicial¹⁸ y, por otro lado, la metodología con lo que se aplica la argumentación moral y la argumentación jurídica¹⁹; sin embargo, aquí, por razones de espacio, me gustaría reflexionar sobre la importancia (o no) del diseño institucional de aplicación del Derecho a propósito de la relación entre Derecho y moral, especialmente, en sistemas jurídicos constitucionalizados, como es, me parece, el caso mexicano.

Para dar respuesta a esta cuestión, me gustaría iniciar señalando la posición que Moreso (2012) tiene al respecto; pues bien, para este iusfilósofo, la estructura institucional de aplicación del Derecho puede contar como un argumento a favor de la «tesis de la incorporación». En efecto, para el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Moreso, 2012: 64), esto es así debido a que la tesis incorporacionista de la moral al Derecho suele ser criticada no sólo por una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza, también se objeta a partir de la llamada tesis de la «diferencia práctica». La primera objeción se enuncia de la siguiente forma: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. Por su parte, la segunda objeción puede formularse de la siguiente manera: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar.

Sin embargo, de acuerdo con el autor de referencia (Moreso, 2012: 66), es posible contener ambas objeciones si se tienen en cuenta algunos argumentos que nos permiten advertir el papel de la argumentación moral en el razonamiento jurídico; así, afirma este autor, primero, debemos considerar que «las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral», y, en

¹⁸ De acuerdo con Moreso (2009: 26) «la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor», no obstante, significar proposiciones morales no es una cuestión sencilla; al respecto, resulta sugerente el trabajo de dicho autor titulado «Tomates, hongos y significado jurídico»; para él (Moreso, 2010: 47), una concepción adecuada para significar términos morales incorporados al derecho podría ser aquella que tiene en cuenta su «referencia», la cual estará determinada y capturada por nuestra mejor teoría moral. Sobre estas cuestiones Ramírez Ludeña, 2015.

¹⁹ La articulada fórmula de la ponderación desarrollada por Robert Alexy (2008) parece ser el método interpretativo que permita resolver este tipo de casos, o por lo menos esa ventaja se le ha atribuido (González y Sánchez, 2021); empero, esto no significa que dicha técnica argumentativa sea aceptable sin más (Guastini, 1999: 167-171), aunque es verdad que existen modelos que tratan de articular con éxito la ponderación con la aplicación de principios constitucionales (Moreso, 2009), particularmente aquellos principios que establecen derechos con un contenido moral.

segundo lugar, «que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional».

Para aclarar estos argumentos, el autor citado nos brinda el siguiente ejemplo:

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de tiempo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas (Moreso, 2012: 66-67).

Adicionalmente, el autor referido nos ofrece, a partir del ejemplo anterior, las razones que nos permiten comprender el hecho de que la estructura institucional de aplicación del Derecho posibilita que las normas con un contenido moral conserven su fuerza normativa, esto es, realicen una diferencia práctica. Él lo explica así:

[S]i la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma de rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad al derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas (Moreso, 2012: 66-67).

De lo anterior, se puede concluir que la incorporación de razones morales al Derecho no sólo es contingente, sino que también es limitada y, a partir de esta última característica, la incorporación de la argumentación moral en la justificación de una decisión judicial depende también del espacio «que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del Derecho» (Moreso, 2012: 67).

Si bien es cierto que estas conclusiones se obtienen en un contexto de aplicación del Derecho concreto, lo que supondría, en principio, una objeción para su análisis en el ámbito mexicano, no obstante, algunos de los rasgos descritos por el modelo incorporacionista de Moreso se pueden emplear para explicar el lugar del razonamiento moral en el diseño institucional de aplicación del derecho en México. Además, debemos considerar que el proceso de «constitucionalización de los ordenamientos jurídicos» (Guastini, 2007) es un rasgo distintivo y común de los estados modernos. Esta «constitucionalización» ha implicado la incorporación de amplias declaraciones de derechos humanos tanto en los documentos fundamentales de esos estados, como a partir del reconocimiento de tratados internacionales que también contienen catálogos de estos derechos. Precisamente, este es un de los rasgos característicos que contemporáneamente definen al Estado mexicano.

Tras una serie de reformas constitucionales (Fix-Zamudio, 2011) – producto, ciertamente, de un importante e histórico proceso de transformación política y social (Casar y Marván, 2014)- en los últimos años se ha configurado un nuevo diseño constitucional para los derechos humanos en México. Si bien, en esta materia, la reforma más importante se dio el 10 de junio de 2011²⁰, no obstante, existen otros elementos que motivaron este nuevo paradigma del constitucionalismo mexicano -por ejemplo, las sentencias condenatorias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹-.

Sin embargo, considerando la cuestión de la que nos ocupamos en este apartado, esto es, la vinculación entre la cuestión del derecho y la moral y el diseño de aplicación del Derecho en México, es importante mencionar la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de

²⁰ Algunas de las modificaciones más importantes al texto constitucional mexicano serían estas: 1. La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, anteriormente el título era este: «De las garantías individuales», tras la reforma quedó así: «De los derechos humanos y sus garantías». 2. En el artículo primero constitucional ya no se «otorgan» los derechos, más bien se «reconocen». En el nuevo texto constitucional, toda persona «goza» de los derechos y mecanismos de garantía reconocidos no sólo por la Constitución, sino también por los tratados internacionales que reconozca el Estado Mexicano. 3. Se establece, en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, la obligación del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar, en todos sus niveles de gobierno, los derechos humanos. 4. Estas obligaciones de las autoridades mexicanas frente a los derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. 5. En este sentido, el Estado Mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos. 6. Una de las finalidades de la educación, se determina en el artículo 3º, deberá ser el respeto a los derechos humanos. Entre otras.

²¹ Además de estas sentencias, también Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2011: 340) señala otros aspectos, por ejemplo, los artículos 1º (obligación de respetar los derechos), 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 29 (normas de interpretación más favorables) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como lo dispuesto en los artículo 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, se refiere a la sentencia de 14 de julio de 2011, del expediente varios 912/2010, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

2011 con motivo del expediente “Varios” 912/2010. En esta resolución, como es sabido, se consideraron cuestiones fundamentales que afectan directamente la actuación de todos los órganos encargados de impartir justicia en México. En ella se adoptaron nuevos criterios que autorizan a las autoridades jurisdiccionales a realizar no sólo la llamada interpretación conforme (Caballero Ochoa, 2011), también a partir de esta resolución están obligados a practicar tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad (Vázquez Sánchez, 2022) , lo que, en suma, configura un moderno diseño institucional de aplicación del Derecho.

Concretamente, estos son los modelos de control adoptados en la resolución referida (Cossío Díaz, 2012):

- a) Concentrado de constitucionalidad. Implica una declaratoria general de invalidez constitucional de la (o las) disposición(es) jurídica(s) sometida(s) a estudio. Dicha declaratoria corresponde al Poder Judicial de la Federación y únicamente puede hacerse a través del juicio de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.
- b) Difuso de constitucionalidad. Supone la no aplicación de una disposición normativa al caso concreto, sin declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición. Este control lo pueden realizar todos los jueces del país.
- c) Difuso de convencionalidad. También supone la no aplicación de una disposición normativa al caso concreto, pero porque dicha disposición no se ajusta a los parámetros del «bloque de convencionalidad» (Astudillo Reyes, 2015); este bloque lo constituye la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otros tratados de derechos humanos de fuente internacional incorporados al ordenamiento mexicano. La intensidad de este control depende, a su vez, del control de constitucionalidad, ya que se puede adicionar este último control a cargo del Poder Judicial de la Federación. Pero de manera general los jueces o autoridades que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, tanto federales como locales, necesariamente deben ejercer el control de convencionalidad (Ferrer Mac-Gregor, 2011). Por todo, de acuerdo con este modelo, si una disposición normativa no supera el canon de la interpretación conforme y de la interpretación pro persona, esto implicaría ejercer subsecuentemente el control difuso de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

Ahora bien, más allá del desarrollo jurisprudencial que a la fecha estos modelos presentan²², me parece que la «tesis de la incorporación» supone no

²² Es importante señalar que, a partir de la sentencia Varios 912/2010, tanto la SCJN como algunos Tribunales Colegiados en México han emitido diversos pronunciamientos tratando de concretar la práctica del control difuso (tanto constitucional como convencional), particularmente, algunos de ellos, con meridiana claridad, han definido el concepto, facultades y obligaciones implicadas en el ejercicio de dicho control -en este sentido, por ejemplo,

sólo la forma más obvia de dar cuenta de este moderno diseño institucional de

CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA. (Registro: 2005057); CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO. (Registro: 2004188)-, otros sin embargo generan confusión entre los jueces federales y locales, pues los criterios son contradictorios -al respecto debemos hacer notar que la relación entre el control difuso y el juicio de amparo representa no sólo un reto para el ejercicio de dicho control, sino que también algunos criterios que se han pronunciado al respecto son contradictorios; dada la extensión de este trabajo y la complejidad de este problema, no podemos analizarlo con cierto detalle, pero, por ejemplo, es importante advertir la contradicción existente entre lo resuelto en el expediente varios 912/2010 y criterios como estos: CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN (Registro: 2009817) -este criterio recientemente fue superado por el siguiente: CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBER DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE REALIZARLO AL CONOCER JUICIOS DE AMPARO DIRECTO E INDIRECTO [ABANDONO DE LAS TESIS AISLADAS P. IX/2015 (10a.) Y P. X/2015 (10a.)]-; y CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA. (Registro: 2009816); en estos criterios, el Pleno de la SCJN además de limitar el ejercicio del control difuso, también cambia la concepción de dicho control, pues afirma que éste no es un sistema de defensa constitucional, tan sólo es un «técnica al alcance del juez» para determinar la contradicción de una norma inferior frente a la Constitución. Así mismo, se ha marcado una línea jurisprudencial hacia la restricción del control difuso -en este sentido, véase CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. NO TIENE EL ALCANCE DE QUE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES CONOZCAN DE ASUNTOS RELACIONADOS CON VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTO DE ASUNTOS QUE NO SEAN DE SU COMPETENCIA. (Registro: 2010960). Adicionalmente, debemos señalar, sobre este punto, las contradicciones de tesis 293/2011 y 299/2013, pues en ambas se analizaron aspectos relacionados con el ejercicio del control difuso: si bien la SCJN al decidir la 293/2011 declinó analizar con profundidad el control (difuso) de convencionalidad, pues sobre este tópico no encontró contradicción entre los criterios de los tribunales contendientes, sin embargo, como se sabe, la Suprema Corte sí analizó lo relativo a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución y el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de este análisis se emitieron estos criterios: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. (Registro: 2006224) y JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. (Registro: 2006225); así, se puede concluir que todos los jueces en el ejercicio del control difuso de convencionalidad deberán atender las restricciones constitucionales contenidas en el texto constitucional, además de observar de manera obligatoria toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por otro lado, en la contradicción 299/2013, la SCJN analizó esta cuestión: ¿la jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control difuso de constitucionalidad-convencionalidad? La respuesta fue en sentido negativo, pues la SCJN argumentó, entre otras cosas, que su jurisprudencia es obligatoria para todos los jueces y no están autorizados para inaplicarla como supone el ejercicio del control difuso. De este análisis, la SCJN emitió esta jurisprudencia: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA. (Registro: 2008148). Para una revisión crítica de estas cuestiones, véase Vázquez Sánchez, 2022.

aplicación del derecho en México, también, ante el reto que tienen los operadores jurídicos mexicanos de interpretar y aplicar derechos humanos cuyo contenido sólo puede determinarse mediante la remisión a la moral, dicha tesis nos permite advertir el papel que desempeña la argumentación jurídica y moral en la justificación de una decisión judicial y la correspondencia de este proceso argumentativo con los distintos niveles de aplicación del Derecho.

Es verdad que una de las implicaciones más relevantes de este modelo se refiere a la actividad interpretativa que deben realizar todos los operadores jurídicos mexicanos (Márquez Martínez, 2017). Esta actividad en el contexto institucional descrito sin duda representa un reto complejo al que deben enfrentarse los juristas mexicanos, pues hasta hace no mucho tiempo la interpretación jurídica era un tema olvidado para nuestra doctrina (Carbonell, 1999). Pero no sólo esa omisión doctrinal –que afortunadamente se ha venido corrigiendo (Ortega García, 2013)- supone la dificultad de esta cuestión, ya que el tema de la interpretación en sí mismo no es nada sencillo de abordar, es, más bien, como dice la teoría jurídica, «difícil»²³; especialmente, cuando se deben aplicar e interpretar disposiciones jurídicas que operan a favor del encuentro del derecho y la moral (Kramer, 2004).

Ahora bien, es importante observar que el diseño institucional de aplicación del derecho configurado con motivo del expediente “Varios” 912/2010 y de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 no sólo determina qué autoridades intervienen en la interpretación y aplicación del texto constitucional en materia de derechos humanos, también establece cómo es que, en estos casos, ellas deben proceder y sobre todo cuáles son las consecuencias de su intervención; en efecto, después del 2011, en México, si bien es posible que todas las autoridades apliquen en cualquier caso el texto constitucional, lo cierto es que sólo las autoridades jurisdiccionales en el marco de sus competencias pueden hacer un control constitucional o convencional, de

²³ Como es sabido, Ronald Dworkin (1978), uno de los más importantes teóricos del derecho, ha criticado el modelo de función judicial de tipo positivista a partir de la noción de «casos difíciles». Otro uso de esta denominación de los casos judiciales es el que le atribuye Manuel Atienza (1997), para este autor «la distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como “teoría estándar” de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del Derecho contemporánea». De manera más específica, para Pablo Navarro (1993: 253) es importante precisar el sentido en el que se emplea la expresión “caso difícil”, pues ésta puede referir cosas bien distintas, él lo dice: «cuando se afirma que un caso es difícil se puede hacer referencia a cosas tan dispares como que a) no hay una respuesta correcta; b) las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta; c) el derecho es incompleto o inconsistente; d) no hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas; e) no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley; f) no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos; g) requiere para su solución de un razonamiento basado en principios; y h) la solución involucra necesariamente juicios morales».

modo que, por ahora, de acuerdo con la jurisprudencia mexicana²⁴, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar ningún tipo de control, ni convencional, ni constitucional, pues esta labor sólo se debe desarrollar en el ámbito jurisdiccional (*cfr.* Del Rosario Rodríguez, 2015).

Pero, como advertimos, además de este papel diferenciado respecto de las autoridades que participan en la aplicación e interpretación de disposiciones constitucionales, también el diseño institucional de aplicación del derecho en México define cómo los jueces deben hacer uso de dichas disposiciones en cuanto al control constitucional o convencional y cuáles son los efectos de esta intervención judicial; en efecto, con el objetivo de resolver cuestiones constitucionales con base en los derechos humanos, los jueces mexicanos deberán hacer uso de herramientas como la interpretación conforme y la interpretación pro persona así como atender el principio de «presunción de constitucionalidad de la ley» (Ferrerres, 2007: 131-270) a efecto de establecer si el acto o la norma objeto de su análisis son contrarios o no a los derechos humanos; así, para salvaguardar la normatividad del texto constitucional (*cfr.* Ferrajoli, 2012), los tribunales mexicanos deberán hacer uso de todas estas herramientas, pero sólo en el caso de que éstas no sean útiles para dicho fin, entonces procederán a la inaplicación o la invalidez de la disposición o acto jurídico de referencia, que son los efectos específicos que, para estos casos, el sistema de justicia mexicano distingue según la autoridad jurisdiccional que realice el control constitucional o convencional.

Así, aunque es verdad que el modelo institucional descrito no sólo incrementó el diálogo entre las autoridades y los textos constitucional y convencional -específicamente, con las disposiciones que establecen derechos, las cuales, como se ha afirmado, requieren de una «lectura moral» (Dworkin,

²⁴ Así, en efecto, se ha pronunciado la Segunda Sala de la SCJN; a continuación transcribo el criterio jurisprudencial que ha vedado la intervención de las autoridades administrativas en el control constitucional: CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales. Registro digital: 2007573, Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 11, octubre de 2014, Tomo I, página 1097, Tipo: Aislada.

2019)-, también permitió que, como consecuencia de este diálogo, todas las autoridades acudan directamente a las categorías y conceptos morales incorporados a esos textos fundamentales; no obstante, es importante remarcar que esto ocurre en un marco institucionalizado que limita el acceso y el uso del razonamiento moral dependiendo de qué autoridad esté involucrada, así como de cuáles son sus efectos en relación con el problema específico de constitucionalidad o convencionalidad planteado; de esta forma, si, por ejemplo, se observara que el modelo incorporacionista mexicano lejos de condicionar o limitar la argumentación moral, la promueve, lo cierto es que el diseño sí distingue el acceso, el papel y los efectos que este tipo de argumentación tiene en el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente, en el razonamiento judicial cuando se evalúa la constitucionalidad o convencionalidad de una disposición jurídica, de modo que aunque el modelo pudiera sugerir lo contrario, es decir, pese a que la vía de acceso a las razones morales es inmediata, el papel de éstas es distinto según la autoridad que las aplique provocando que sus efectos no sean equivalentes cuando se juzga la compatibilidad de una disposición con los derechos de los textos constitucionales o convencionales. En suma, parafraseando a José Juan Moreso (2022), a propósito de su idea sobre los «setos institucionales», que tan marcadamente hemos empleado en este trabajo, es importante advertir el papel diferenciado que estos setos tienen en relación con la jerarquía de autoridades y la jerarquía normativa, pues ciertamente ni el grado de protección, de opacidad, de las reglas jurídicas es el mismo para todas las autoridades, ni tampoco lo es su acceso, su uso y sus efectos.

Otras objeciones que podrían formularse al problema que, aparentemente, produce interpretar y aplicar derechos humanos con referencias a la moralidad, se refieren, por un lado, al peligro de la incertidumbre jurídica (García Amado, 2015) y, por otro lado, al problema de un posible «activismo judicial desbocado»²⁵ que implique un flujo incesante hacia la SCJN de inaplicaciones de leyes contrarias a la constitución por razones relacionadas con la argumentación moral; sin embargo, es posible contener estas objeciones si se considera lo siguiente: en primer lugar, es importante señalar que tanto la seguridad jurídica como la certeza del Derecho son ideales que conviven con otros ideales a propósito de la resolución de controversias que involucran derechos humanos, me refiero a los principios de igualdad, coherencia, universalidad, control de arbitrariedad judicial, etcétera (Martínez Verástegui, 2018: 174); así, es indiscutible que la certeza y seguridad jurídicas cuenten como ideales de toda decisión judicial, pero su importancia deberá determinarse a partir de los argumentos que cuenten a su favor, pues es muy probable que, en algunos casos, se sacrifique, en alguna medida, la seguridad y certeza jurídicas con el objetivo de salvaguardar otros principios tan valiosos como estos (Moreso, 2012); en segundo lugar, y tal como hemos visto, para el caso específico de una posible inaplicación o invalidación de una disposición

²⁵ La expresión es de Gascón Abellán y García Figueroa, 2003: 42.

jurídica, los jueces mexicanos cuentan con diferentes herramientas institucionales para lograr su conformidad con la Constitución, pero sólo en el caso de que esto último no se logre, entonces procederán a la inaplicación o la invalidez de la disposición jurídica de referencia; además, para estos fines, es importante observar que, tal como está diseñado nuestro sistema de justicia, los casos de inaplicación que involucren un juicio moral pueden ser revisados en diferentes instancias hasta que finalmente sea la SCJN la que determine en definitiva si fue correcto o no el acto impugnado; ahora, es verdad que esto no es lo deseable (Márquez Martínez, 2017: 296), pues se espera que los criterios adoptados por los jueces ordinarios prevalezcan y sólo eventualmente algunos de ellos fluyan hacia la SCJN, pero la realidad nos ha demostrado que, en la mayoría de los casos, el ejercicio del control constitucional y convencional es necesariamente revisado por el Poder Judicial de la Federación.

Con todo, un posible «activismo moralizador» (Moreso, 2020) de los operadores jurídicos mexicanos que implique hacer valer la facultad de inaplicación o invalidación de una disposición jurídica por razones morales es limitado por la dimensión institucional del derecho, pero en el caso de que esto ocurra tampoco se puede concluir que su poder tiene que ser «insoportable», pues aún en estos casos el razonamiento de los jueces constitucionales está condicionado por setos institucionales que hacen posible que «las decisiones jurídicas *finales*, no estén ya sujetas a lo que Dworkin denominó *lectura moral*. Pueden ser decisiones equivocadas jurídicamente, pero son jurídicamente vinculantes. En este sentido, como quería Hart (1961), la práctica jurídica está anclada en nuestras prácticas sociales con independencia de la moralidad» (Moreso, 2020: 520). Esto, por cierto, es lo que ocurrió en el caso ABC, pues se trata de una decisión que para muchos nos parece injusta, pero es constitucionalmente válida.

4. *Excursus*: el diálogo judicial

Ante este panorama, deseo añadir una última cuestión. Ésta, muy probablemente, por su extensión y su dificultad, quede únicamente como una breve nota. Pues bien, líneas arriba me referí a la dificultad que implica el abordaje no sólo de la interpretación jurídica en general, sino también, de manera particular, la interpretación y argumentación de los derechos humanos, asimismo se mencionó de manera telegráfica la complejidad que supone el diálogo entre tribunales a partir del referido diseño de aplicación del Derecho en México. Precisamente, sobre este diálogo deseo hacer este último apunte. Me parece que la apertura del ordenamiento jurídico mexicano hacia una interpretación de los derechos humanos que se genere más allá del territorio nacional es una cuestión sumamente compleja²⁶. Me explico. Una lectura no

²⁶ Por ejemplo, para Argelia Queralt Jiménez (2008) se advierte sobre la dificultad que producen «los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH», así como la «negación de la cosa interpretada». En Sáiz Arnaiz, 1999, hay una excelente reflexión sobre la apertura del derecho constitucional al derecho internacional de los derechos humanos.

optimista de dicho diálogo²⁷, pero evitando caer en un argumento que suponga una defensa a la soberanía nacional de tipo jurisdiccional –insostenible, me parece, no sólo por una correcta y frecuente práctica del mismo en la jurisprudencia internacional (Brito Melgarejo, 2011) (salvo algunas discutidas excepciones²⁸), sino también por el modelo constitucional adoptado por el constituyente permanente de México²⁹-, implicará reconocer que esta conversación entre tribunales, sobre todo cuando se involucra la interpretación de derechos con contenidos morales, no es una cuestión pacífica –ni qué decir, por cierto, sobre la complejidad que supone el coloquio y, sobre todo, la interpretación de los derechos sociales por parte de un “agente” “externo” respecto de un ordenamiento jurídico determinado (Alexy, 2007)-. Si bien es cierto que existe en el ámbito internacional una «comunidad de valores» orientados a proteger los derechos humanos y, precisamente, esa comunidad se ha expresado en los mecanismos e instituciones afines a esa labor propiciando lo que se ha delineado como un «constitucionalismo global» (Ferrajoli, 1998), me parece, sin embargo, que una de las cuestiones fundamentales a todo esto, como señala la dogmática constitucional, es «la interpretación judicial y sus criterios» (García Roca, 2010).

Aunque, en el fondo, considero que la verdadera cuestión de todo esto sigue siendo la conexión entre el Derecho y la moral, pero sobre todo el papel de la argumentación moral en los distintos niveles de aplicación del Derecho y, en su caso, el grado de deferencia hacia ese tipo de argumentación cuando es “externa” a un ordenamiento jurídico concreto. Así, como mencioné, muy probablemente estas dudas desaparezcan si tenemos en cuenta algunas de las categorías empleadas en la dogmática constitucional como la de «autoridad de

²⁷ Para Giusepp de Vergottini (2010: 63), por ejemplo, «el diálogo parece haberse convertido en uno de los fetiches retóricos que se evocan para esconder improvisaciones comparatísticas a menudo carentes de fundamento y, en todo caso, científicamente impropias».

²⁸ Aun cuando es discutido, un «atípico» caso de “aislamiento” respecto de este diálogo entre tribunales sería el representado por el Tribunal Supremo estadounidense. Para Giuseppe de Vergottini (2010: 220), la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense rechaza el recurso a fuentes externas por el «carácter sagrado de su propia constitución», conservando fuera de sus razonamientos «toda forma de contaminación» que derivaría de la remisión a «constituciones y jurisprudencia externas» logrando, por tanto, «ser fieles al texto originario de la constitución tal y como lo quisieron los constituyentes». Otro tipo de “aislamiento”, en el contexto Latinoamericano, sería el representado por Venezuela. De acuerdo con Ferrer MacGregor (2011: 351), esta «delicada» situación se debe a que, de manera reciente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.

²⁹ Tras la reforma de 10 de junio de 2011, el párrafo primero y segundo del artículo 1º de la Constitución mexicana dispone: «En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*». (Énfasis añadido).

cosa interpretada» (Queralt Jiménez, 2008: 63), o también, aunque en este caso a partir de un enfoque de teoría y filosofía del Derecho, si consideramos la cuestión entre la «respuesta definitiva *versus* respuesta única» (Aarnio, 2010), en fin, más allá de estas cuestiones, y de otras, por supuesto, que escapan en este momento, me parece que estos temas, sin embargo, representan uno de los retos a los que debe enfrentarse contemporáneamente los juristas mexicanos.

5. A modo de conclusión

En este trabajo se abordó el problema de cómo la estructura institucional de aplicación del derecho condiciona la argumentación moral en las decisiones judiciales. Específicamente, con un marco teórico definido -el neoconstitucionalismo incorporacionista- y con determinadas categorías teórico-filosóficas -las que nos sugiere José Juan Moreso, particularmente, su «tesis de la incorporación» y su idea de los «setos institucionales»-, se analizó el modelo de aplicación del derecho mexicano que, después de 2011, obliga a los jueces a interpretar directamente textos que incorporan amplios catálogos de derechos los cuales aparentemente remiten a la argumentación moral; de este análisis, es importante destacar las conclusiones siguientes:

- I. El neoconstitucionalismo incorporacionista, que asume una relación contingente entre derecho y moral, es un modelo teórico que explica adecuadamente un sistema jurídico constitucionalizado como el mexicano que en sus textos fundamentales ha incorporado derechos que operan a favor del encuentro del derecho y la moral.
- II. La tesis de la incorporación es relevante para dar cuenta del diseño institucional de aplicación del derecho mexicano y del lugar de la moral en el razonamiento jurídico, pues ante el reto que tienen los operadores jurídicos mexicanos de interpretar y aplicar derechos humanos cuyo contenido sólo puede determinarse mediante la remisión a la moral, dicha tesis nos permite advertir el papel que desempeña la argumentación jurídica y moral en la justificación de una decisión judicial y la correspondencia de este proceso argumentativo con los distintos niveles de aplicación del Derecho
- III. Más específicamente, la idea de los setos institucionales de Moreso nos permite advertir el papel diferenciado que estos setos tienen en relación con la jerarquía de autoridades y la jerarquía normativa, pues ciertamente no es el mismo grado de protección, de opacidad, de las reglas para todas las autoridades, como tampoco lo es el uso de la argumentación moral y sus efectos; así, si, por ejemplo, se observara que el modelo incorporacionista mexicano lejos de condicionar o limitar la argumentación moral, la promueve, lo cierto es que el diseño sí distingue el acceso, el papel y los efectos que este tipo de argumentación tiene en el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente, en el razonamiento judicial cuando se evalúa la constitucionalidad o convencionalidad de una disposición jurídica, de modo que aunque el modelo pudiera sugerir lo contrario, es decir, pese a que la vía de acceso

a las razones morales es inmediata, el papel de éstas es distinto según la autoridad que las aplique provocando que sus efectos no sean equivalentes cuando se juzga la compatibilidad de una disposición con los derechos de los textos constitucionales o convencionales.

- IV. El activismo judicial moralizador que es una de las distintas objeciones que suelen esgrimirse en contra de la aplicación del derecho que suponga invalidar o inaplicar una disposición jurídica por razones morales, me parece que no es un buen argumento para evitar un modelo de aplicación del derecho basado en los derechos humanos, pues además de ser éste un «territorio ya ampliamente conquistado por los bárbaros [iusmoralistas]» (Pino, 2012: 221), también es un modelo en el que el razonamiento judicial accede directamente tanto a la argumentación jurídica como a la argumentación moral, pero sus alcances y límites están determinados por mecanismos institucionales.³⁰

6. Bibliografía

Aarnio, A. (2010). ¿Una única respuesta correcta? En A. Aarnio, *et. al.*, *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (págs. 9-45). Madrid: FCE.

Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: CEPyC.

_____ (2013). El no positivismo incluyente. *Doxa*, 15-23.

Alexy, R. *et. al.* (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo.

Astudillo Reyes, C. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En M. Carbonell, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional* (págs. 117-168). México: UNAM/IIJ.

Atienza, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, 7-30.

_____ (2017). *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. y Ruiz-Manero, J. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, 115-130.

³⁰ Agradezco las sugerencias y las observaciones de los dos dictaminadores de la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* que me ayudaron a mejorar este trabajo; también, estoy en deuda con la maestra Gabriela Guzmán González por haber leído una versión preliminar de este texto. Si bien he tratado de atender todos los comentarios, los errores que, sin embargo, pudieran subsistir son responsabilidad mía.

_____ (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, 7-28.

Barberis, M. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En M. Carbonell, (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 259-278). Madrid: Trotta.

_____ (2012). Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. En L. Ferrajoli, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (págs. 85-89). Madrid: Marcial Pons.

_____ ¿Existe el neoconstitucionalismo? En J. L. Zamora, *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (págs. 459-482). México: UNAM/IIJ.

Bayón, J. C. (1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. *Jueces para la democracia*, 41-49.

_____ (2012). ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia? En J. Ferrer Beltrán, *et. al.* (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho* (págs. 17-39). Madrid: Marcial Pons.

_____ (2022). El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, 539-557.

Bix, B. (2006). *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.

Bobbio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUBA.

_____ (2018). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.

Brito Melgarejo, R. (2011). *El diálogo entre los Tribunales Constitucionales*. México: Porrúa.

Caballero Ochoa, J. L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución. En M. Carbonell y P. Salazar (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (págs. 103-133). México: IIJ-UNAM.

Carbonell, M. (1999). Presentación. En R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (págs. XI-XIII). México: UNAM/IIJ.

Carbonell, M. y Salazar, P. (Coords.) (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: IIJ/UNAM.

Casar, M. A. y Marván, I. (2014). *La dinámica del cambio constitucional en México*. México: Taurus.

Coleman, J. (2001). *The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to Legal Theory*. New York: OUP.

Comanducci, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 75-98). Madrid: Trotta.

_____ (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, et. al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (págs. 85-112). Madrid: FCJE.

_____ (2010). *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: CEPyC.

Cossío Díaz, J. R. (2012). Primeras implicaciones del caso Radilla. *Cuestiones constitucionales*, 31-63.

De Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

Del Rosario Rodríguez, M. (2015). La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, 158-191.

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

_____ (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.

_____ (2019). El derecho de las libertades. La lectura moral de la constitución norteamericana. Lima: Palestra.

Escudero Alday, R. (2010). Guía para realistas analíticos: la teoría del derecho de Paolo Comanducci. En P. Comanducci, *Hacia una teoría analítica del Derecho* (págs. XIII-XLVI). Madrid: CEPyC.

Ezquiaga, F. J. (2006). *La argumentación de la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*. México: TEPJF.

Ferrajoli, L. (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, 173-184.

_____ (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En L. Ferrajoli, et. al., *Un debate sobre el constitucionalismo* (págs. 11-50). Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. y Ratti, G. B. (2011). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En M. Carbonell y P. Salazar (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (págs. 339-429). México: IIJ-UNAM.

Ferreres, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPyC.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Fix-Zamudio, H. (2006). Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica. En J. Pérez Royo, *Derecho constitucional para el siglo XXI. Tomo I* (págs. 1727-1746). Pamplona: Aranzadi.

_____ (2011). Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos. En M. González Oropeza Manuel y E. Ferrer Mac-Gregor, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo I* (págs. 423-471). México: IIJ-UNAM.

García Amado, J. A. (2009). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En F. Mantilla Espinosa, *Controversias constitucionales* (págs. 24-69). Bogotá: Universidad del Rosario.

_____ (2015). *Iusmoralismo(s)*. Quito: Cevallos.

García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

_____ (2012). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli. En L. Ferrajoli, et. al., *Un debate sobre el constitucionalismo* (págs. 117-133). Madrid: Marcial Pons.

García Roca, J. (2010). Prólogo. En G. de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

Garzón Valdés, E. (2000). Derecho y moral. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, *El derecho y la justicia* (págs. 397-425). Madrid: Trotta.

Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2003). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.

González, D. y Sánchez Gil, R. (2021). *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*. México: SCJN/CEC.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

_____ (2007). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara/IIJ-UNAM.

_____ (2013). *Distinguiendo ancora*. Madrid: Marcial Pons.

Guerrero Rodríguez, M. (2015). *La transferencia de la facultad de investigación de la SCJN a la CNDH. Retroceso constitucional*. México: Porrúa-UV.

Hart, H. L. (1961). *The concept of law*. Oxford: OUP.

Hierro, L. (1996). Realismo jurídico. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, *El derecho y la justicia* (págs. 77-86). Madrid: Trotta.

Igartua, J. (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: CEC.

Iglesias, M. (1999). *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: CEPyC.

_____ (2006). Las fuentes de interminación del Derecho: una aproximación filosófica. Cuadernos de derecho público, 55-82.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM.

Kramer, M. (2004). *Where law and morality meet*. Oxford: OUP.

Márquez Martínez, L. (2017). *Control difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*. México: SCJN.

Martínez Verástegui, A. (2018). El cambio de precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal Pulido, *et. al., El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (págs. 143-180). México: SCJN-CEC.

Mendonca, D. (2001). *Los secretos de la ética*. Madrid: Tecnos.

Mora-Sifuentes, F. M. (2023). Cuestión de método(s). Ensayos sobre metodología e investigación jurídica. México: Tirant lo Blanch.

Moreso, J. J. (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

_____ (2008). Teoría del derecho y neutralidad valorativa. *Doxa*, 178-200.

_____ (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

_____ (2010). Tomates, hongos y significado jurídico. En J. Moreso, *et. al., Los desacuerdos en el Derecho* (págs. 15-47). Madrid: FCJE.

- _____ (2012a). *Ethica More Iuridico Incorporata*. México: Fontamara.
- _____ (2012b). Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. En L. Ferrajoli, *et. al.* Un debate sobre el constitucionalismo (págs. 179-195). Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2013). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas. *Vox Juris*, 197-214.
- _____ (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra.
- _____ (2020). Lo normativo: variedades y variaciones. Madrid: CEPyC.
- _____ (2022). Nuevas variaciones para mis críticos. *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, 558-573.
- Navarro, P. (1993). Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Doxa*, 252-253.
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática Jurídica. *Eunomia*, 245-260.
- _____ (2015). Ciencia jurídica. En J. L. Fabra, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía del Derecho* (págs. 601-631). México: UNAM/IIJ.
- Ortega García, R. (2013). La constitucionalización del derecho en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 601-646.
- Pegoraro, L. y Figueroa, G. A. (2016). Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 137-171.
- Pérez Luño, A. E. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Madrid: Tébar.
- Pino, G. (2012). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. En L. Ferrajoli, *et. al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo* (págs. 197-225). Madrid: Marcial Pons.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 355-370.

_____ (2015). Apuntes sobre "neoconstitucionalismo". En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen uno* (págs. 363-405). México: UNAM/IIJ.

Prieto Sanchís, L. (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.

_____ (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

_____ (2010). Neoconstitucionalismo. Un catálogo de problemas y argumentos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 461-506.

Queralt Jiménez, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPyC.

Ramírez Ludeña, L. (2015). *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Ratti, G. B. (2015). Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 227-261.

Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: UNAM/IIJ.

Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: UBA.

Sáiz Arnaiz, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*. Madrid: CGPG.

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.

SCJN. (02 de 11 de 2023). SCJN. Obtenido de Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 15 de junio de 2010: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/jun5.pdf

SCJN. (27 de 11 de 2023). SCJN. Obtenido de Facultad de Investigación para averiguar la violación grave de garantías individuales, caso guardería ABC: <https://www.scjn.gob.mx/cronicas-del-pleno-y-de-las-salas/facultad-de-investigacion-para-averiguar-la-violacion-grave-de>

Vázquez Sánchez, O. (2020). *Teorías neoconstitucionalistas*. Lima: Palestra.

_____ (2022). Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿volver al pasado? *Cuestiones constitucionales*, 325-359.

Vázquez, R. (2006). *Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Trotta.

Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons.

Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.