

PRÓLOGO

Gustavo Zagrebelsky comienza su conocido libro *El derecho dúctil* diciendo que lo que se propone hacer en el texto es “reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones en lo que hoy es —por usar una fórmula mucho más rica de contenido de lo que parece a primera vista— el ‘Estado constitucional’ que se ha venido construyendo en Europa. No se pretende decir nada nuevo, pues todos estos elementos son bien conocidos. Pero es el conjunto lo que destaca. De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica”.¹

No encuentro una frase que se ajuste más al contenido del libro que el lector tiene entre sus manos. De lo escrito por Zagrebelsky deben cambiarse solamente dos palabras: el libro de Jaime Cárdenas no se refiere única o principalmente a la Constitución, y su ámbito de reflexión no se circunscribe a Europa. Cárdenas dedica las páginas de su libro no al derecho constitucional sino a la teoría del derecho, intentando construir un modelo de aplicación general para sus problemas actuales, pero haciendo siempre referencia al ordenamiento jurídico mexicano. Por lo demás, creo que el objetivo de Cárdenas es idéntico al de Zagrebelsky: ir ofreciendo al lector una serie de piezas que pudieran sonar conocidas pero que, vistas en conjunto, nos revelan una forma de pensar sumamente original y contienen una imagen del ordenamiento que muy pocos juristas mexicanos —si es que alguno— habían visto, analizado y explicado anteriormente.

Tomemos por ejemplo el caso del papel que juegan los principios en la forma de argumentar de los juristas o los criterios para solucionar antinomias. ¿De qué forma se explican en México esos dos temas? Si revisa-

¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2004, p. 9.

mos los materiales clásicos con los que estudiamos los cursos generales de teoría del derecho o introducción al estudio del derecho, nos daremos cuenta de que la exposición de tales temas es bastante anticuada y que no sirve para resolver una gran cantidad de problemas prácticos que se están presentando día a día ante nuestros jueces y tribunales.² O mejor dicho, no es que las explicaciones tradicionales no sirvan para solucionar los problemas de la realidad, sino que los resuelven de una manera harto deficiente, impropia de un país que aspira a ser un Estado constitucional de derecho.

¿Qué observamos en las sentencias de nuestra Suprema Corte cuando tiene que aplicar los múltiples principios que contiene nuestra Constitución? Aunque algo ha comenzado a cambiar en los años recientes, en general se puede decir que la forma de razonar de nuestros ministros es idéntica a la que tenían los jueces europeos o estadounidenses del siglo XIX: en su mentalidad, y por lo tanto en su *praxis* judicial, todavía no han entrado conceptos como los de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, contenido esencial, coto vedado, no regresividad, fundamentalidad, principio de prevalencia, reenvíos, sentencias de nulidad sin inconstitucionalidad, recomendaciones al legislador, diálogo constitucional, etcétera.³

No se trata de ver en ese atraso cuestiones de incapacidad personal de quienes actualmente desempeñan tan importante función; más bien se trata de un reflejo muy claro del enorme atraso de nuestra cultura jurídi-

² Quizá eso sea lo que explica, en parte, la buena acogida de lectores que ha tenido la publicación en México de textos de autores de otros países referidos a esos temas. Tómese, por ejemplo, la obra de Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, que en poco tiempo ha alcanzado ya seis ediciones (la sexta, ampliada, es de 2004 y la publican conjuntamente, como las anteriores, la editorial Porrúa y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

³ Hay que señalar, sin embargo, que dichos conceptos (y todas las consecuencias que de ellos derivan en cuanto a la calidad de la argumentación jurídica), sí se observan en varias de las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se trata de un caso que habría que estudiar con detenimiento, pues por la novedad de la materia y por la carrera que anteriormente habían desarrollado la mayoría de sus integrantes, no habría elementos previos que permitieran suponer un desarrollo argumentativo tan riguroso y actualizado. Esto no quiere decir, sin embargo, que el Tribunal no se haya equivocado en algún caso concreto (el propio Cárdenas ha criticado varios de sus pronunciamientos), pero lo cierto es que el nivel argumentativo de sus sentencias sobresale en el panorama judicial mexicano, sobre todo cuando se comparan con las sentencias de la Suprema Corte.

ca. Aunque lo más lamentable es que suceda en nuestro máximo tribunal, lo cierto es que en idénticas o peores condiciones se encuentra por lo general (y con notables excepciones, como la que representa el autor de este libro) la cultura jurídica de nuestros ministerios públicos, jueces locales, notarios, magistrados de circuito, profesores universitarios e investigadores.

De ahí la enorme importancia del esfuerzo que Jaime Cárdenas ofrece en este texto: se trata de una enorme puesta al día de cuestiones sabidas pero que se habían dejado en el olvido por décadas. Lo que nos ofrece Cárdenas es un ensayo para que la cultura jurídica mexicana sea capaz de mirar de frente a las culturas jurídicas más avanzadas del mundo. Para lograr su objetivo va recorriendo una serie de temas de primera magnitud dentro del pensamiento jurídico contemporáneo y las distintas formas de enfocarlos que existen. Luego de la exposición de las principales tendencias, visiones o escuelas, Cárdenas siempre nos ofrece su propio punto de vista, permitiendo de esa forma que el lector conozca con claridad lo que piensa el autor. Sobra decir que, como en el resto de sus libros anteriores, también en éste las opiniones de Cárdenas suelen tener un tono marcadamente crítico.

La opción intelectual que toma Cárdenas por hacer una crítica del derecho vigente (no solamente del derecho positivo, sino sobre todo de la forma de interpretarlo y representarlo que se tiene en México) no nos debe extrañar, pues estamos ante un autor que ha tenido un liderazgo académico importante en nuestro país justamente a raíz de haber tomado desde hace más de una década ese rumbo. Y los frutos que ha dado hasta el momento han sido de una calidad notable. Cuando casi nadie pensaba en ello, Cárdenas publicó en 1994 una excelente composición que nos explicó en pocas páginas los rumbos, los caminos posibles y las opciones que se planteaban en ese entonces para la transición mexicana a la democracia.⁴ Dos años más tarde irrumpía de nuevo en el adormilado escenario académico nacional para plantear una crítica radical a la Constitución vigente y proponer sin rodeos su sustitución por una nueva;⁵ con el paso

⁴ Cárdenas, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

⁵ Cárdenas, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996 (hay una reimpresión de 2000).

del tiempo nos hemos dado cuenta de que esa postura se terminará convirtiéndose en la única posible si queremos que México sea de verdad un Estado constitucional de derecho con todas sus consecuencias, pues con el texto actual es imposible que ese propósito se realice. La misma visión crítica, pero en otra vertiente, llevó a Cárdenas a prolongar en el terreno académico su firme compromiso como servidor público al escribir una extensa y detallada explicación de dos de los procesos administrativos y judiciales que más han contribuido a revelar la trama de corrupción que construyeron para su beneficio los dos principales partidos políticos en las elecciones federales de 2000.⁶

En *La argumentación como derecho* se nota más el talante de Cárdenas como profesor. Lleva varios años haciéndose cargo de una cátedra en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y varias partes de su libro provienen directamente de su experiencia en las aulas, como lo explica el mismo autor en la introducción. Lo anterior se refleja en el tono didáctico y meridianamente claro que utiliza en su exposición; también es lo que justifica la extensión del capítulo de conclusiones, en el que el autor resume el contenido de su libro, quizá con la intención de sugerir a sus alumnos las claves para contestar el examen del curso.

Desde luego, como en todo ensayo sugerente y propositivo, el autor defiende criterios que quizá no sean compartidos por todos sus lectores. A mí, por ejemplo, no me convence su argumentación, dentro del capítulo quinto, sobre la necesidad de que el Consejo de la Judicatura Federal se integre casi exclusivamente por miembros del propio Poder Judicial federal. Si se toma en cuenta la larga y no rota tradición endogámica y de alguna manera corrupta con que se ha conducido por décadas nuestro Poder Judicial, quizá haya elementos razonables que nos sugieran la pertinencia de aportar un poco de oxígeno exterior al órgano encargado de vigilar el desempeño de los jueces federales. De la misma forma, quizá haya bastantes razones para ponderar con mayor detenimiento la idea de incluir un porcentaje fijo del presupuesto dedicado al Poder Judicial en el texto de la Constitución. Creo que hay suficientes indicadores empíricos y normativos (en México y en el derecho comparado) para meditar esa propuesta que se ha venido defendiendo en los últimos años y a la que se adhiere nuestro autor.

⁶ Cárdenas, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

De todas formas, son divergencias menores, de detalle o matiz, las que se pueden tener con este importante texto. Lo que queda al final es una obra con enormes aportaciones que nos pone al alcance una perspectiva moderna, sostenida con muchas lecturas, de los principales teóricos de la actualidad, de lo que debe ser el derecho. Sabiendo lo que *debe ser*, la lectura del libro de Jaime Cárdenas debe servirnos a todos para ir acercando la realidad del ordenamiento jurídico mexicano hacia ese paradigma. Y debemos hacerlo literalmente entre todos, pues como señala el autor: “La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es también tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana”. Esta concepción es muy parecida a la que expone Luigi Ferrajoli, que con Zagrebelsky y Alexy es quizá el mejor representante de la nueva forma de entender el Estado constitucional (es decir, del neoconstitucionalismo), cuando señala que “es evidente que la efectividad de un derecho no depende solamente de los procedimientos formales de averiguación y sanción de sus violaciones, sino sobre todo del sentido común que se va formando en torno al mismo en la práctica social y del valor normativo que se le atribuye en la comunicación política”.⁷ Se refiere Ferrajoli a los derechos fundamentales, pero en realidad, ¿no se podría decir lo mismo del conjunto del ordenamiento jurídico?, ¿no depende la efectividad del Reglamento de Tránsito del sentido que le demos a los semáforos y del respeto que cada conductor sienta en la práctica social por los peatones, más allá de las sanciones que establezca la norma y de la dureza con que las autoridades las apliquen?

Lo que se concluye con la lectura del libro de Cárdenas es que debemos darle un nuevo *sentido* al derecho;⁸ para hacerlo, tenemos en esta obra todas las herramientas necesarias. El resto está en nuestras manos.

Miguel CARBONELL

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 122.

⁸ No por casualidad ese es justamente el título de un excelente libro de Manuel Atienza, de quien tanto hemos aprendido los que hacemos ciencia jurídica en México y cuyas obras Cárdenas cita repetidamente en su texto: Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2002.