

TRES TÓPICOS A PROPÓSITO DE LA AMPLIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE (NUEVOS) DERECHOS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

*Three Topics on the Expansion and Recognition of
(New) Rights by the Constitutional Courts*

Jesús Everardo RODRÍGUEZ DURÓN*
DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v14i28.538>

En lo que sigue me ocuparé de reseñar algunos puntos destacables que suscita la publicación de uno de los más recientes libros de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Se trata de la obra *Ampliación y reconocimiento de (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, coordinada por Giovanni Azael Figueroa Mejía y Juan Manuel López Ulla¹. Este ejercicio —amén del propósito ya expuesto— servirá también de pábulo para reflexionar, una vez más, sobre el papel que le corresponde desempeñar a la judicatura en el marco de los ordenamientos constitucionalizados².

II

En un libro peculiar, Pierre Bayard proporciona algunas claves para entender el extendido fenómeno acerca de cómo hablar de los libros que no se han leído³. Por ejemplo, aunque ninguno de nosotros hayamos nunca pasado de la primera página del *Quijote*, las andanzas del Caballero de la Mancha forman parte de la cultura oral que nos es propia, de modo que en una conversación es fácil emplear analogías con la obra de Cervantes, fácilmente comprensibles para el interlocutor aun cuando nunca haya posado sus ojos en el clásico de la literatura española.

*Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor en las Maestrías en Justicia Constitucional, Ciencias Jurídico Penales e Interinstitucional en Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la SECIHTI.

¹ Cfr., Figueroa Mejía, Giovanni Azael y López Ulla, Juan Manuel (coords.), *Ampliación y reconocimiento de (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2024, pp. 520.

² El libro fue presentado en el marco del conversatorio sobre la ampliación y reconocimiento de nuevos derechos, celebrado en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, el pasado 19 de marzo de 2025. Agradezco a Giovanni Azael Figueroa Mejía los comentarios formulados a una primera versión de este texto.

³ Véase: Bayard, Pierre, *Cómo hablar de los libros que no se han leído*, México, Anagrama, 2018, pp. 200.

No obstante, en lo que sigue trataré de evadir el lugar común para el talante de la reseña editorial, y antes de ofrecer una síntesis apretada —y a buen seguro— incompleta de la obra, preferiré tomar un derrotero distinto y aludir a un elenco de sugerencias suscitadas por el texto colectivo editado por Figueroa Mejía y López Ulla. En especial, me ocuparé de tres grandes aspectos que paso a referir por orden.

(i) El primero de ellos tiene que ver con el papel de los jueces en el constitucionalismo. Estoy convencido de que la teoría del derecho —como quería Dworkin— es el prólogo a cualquier actividad o práctica jurídica⁴. Sobre todo, en virtud de la morfología actual de los ordenamientos, es dable afirmar que cualquier materia o cuestión en lo particular, es susceptible de reconducirse —en última instancia— a la norma constitucional. Ya sea porque formalmente la estructura escalonada del ordenamiento determina dicha forma de fundamentación, o en virtud de que el proceso de rematerialización sustantiva de orden supremo, perceptible con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, irradia sobre todo el sistema jurídico.

Pese a ello, un sector de la doctrina insiste en suponer que las elaboraciones teóricas sobre el concepto y la naturaleza del derecho son independientes de los modelos acerca de la decisión judicial. Empero, en este punto sostengo la misma tesis de Martín Diego Farrell y considero que la teoría del derecho imbrica de tal modo los esquemas conceptuales para el ejercicio de la jurisdicción que, la respuesta a las grandes preguntas planteadas por cada concepción jurídica, alumbra al mismo tiempo, un cierto modelo de juez que es funcional a aquellas⁵. Esta misma idea se aloja, por ejemplo, en la contribución de Nicolás Egües donde se sostiene que «detrás de todo esquema o modelo judicial subyace una idea o concepción sobre cuál debe ser el rol de los jueces y dependiendo de esta idea o visión, serán las libertades con las que cuente para, entre otros aspectos, ampliar en sus sentencias el contenido de los derechos» (p. 91).

En efecto, el tema de la ampliación y reconocimiento pretoriano de nuevos derechos supone, como una de sus aristas destacadas, el abandono de la imagen kelseniana del tribunal constitucional como mero legislador negativo. En su conocido estudio de 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, Kelsen concibió la función del juez constitucional bajo la imagen de una instancia depuradora de las normas irregulares; esto es, como una contraparte de la actividad productiva del parlamento destinada solo a operar como un legislador negativo⁶. Y no se trata ya solamente de que los modelos de control de la regularidad por órgano judicial no se presenten siempre en forma pura; sino que más pronto que tarde, como bien lo demuestra la obra que ahora nos convoca y, desde luego, la producción previa del profesor Figueroa, es claro que la

4 Cfr., Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 90.

5 Véase: Farrell, Martín Diego, *Teorías del derecho y teorías de la decisión judicial*, México, Fontamara, 2024, pp. 152.

6 Cfr., Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ/UNAM, 2001, pp. 54-55.

práctica jurisprudencial cuenta una historia distinta a la señalada por el egregio maestro de Viena.

Nada menos, el modelo de jurisdicción tangencial y mecanicista propio del siglo XVIII es incompatible con lo que hoy esperamos de nuestros jueces. El deslizamiento continuo del legalismo al constitucionalismo explica esta transformación. El canon decimonónico que definía al derecho mediante la producción normativa omnimoda del legislador se sustituyó progresivamente por la introducción de los tribunales constitucionales, que a partir de los mandatos de la ley fundamental corrigieron y perfeccionaron la obra normativa del parlamento. La constitucionalización fue el instrumento para superar las deficiencias del estado legislativo, y con ello el juez dejó de ser —según Montesquieu— «la boca de la ley», para convertirse —como quería Dworkin— en algo cercano al «juez Hércules».

En un sistema constitucional robusto el poderío de la rama judicial aumenta⁷. En consecuencia, se dejan bajo su protección decisiones anteriormente libradas al poder político, lo cual da lugar a un mayor rango de aplicación de principios y valores que suponen cierto grado de indeterminación. La judicialización de temas sensibles de la vida social trae como consecuencia un debate sobre el ejercicio de la interpretación y el poder que le ha sido otorgado a los tribunales constitucionales. La facultad de control puede convertir a los órganos judiciales en un contrapeso de las fuerzas de mayoría en el sistema; ya que cuando un órgano legislativo o ejecutivo actúa en contra de la Constitución, o de los valores fundamentales que fundamentan ese pacto, las cortes tienen la facultad de actuar en contra del predominio del consenso en aras de una conducta racional a favor del bien común.

(ii) Con ello llego al segundo punto que me interesa poner de relieve como una de las líneas más seductoras del libro: se trata de la Constitución como objeto de interpretación⁸. Con la fuerza de un verdadero lugar común es posible convenir que las normas fundamentales dan lugar a una amplia gama de constelaciones y posiciones protegidas por la vía interpretativa de los derechos adscritos; es decir, por múltiples normas implícitas que el operador puede desgranar de unas cuantas palabras empleadas por el legislador constituyente. Esto, es preciso no olvidarlo, advierte sobre el papel central de la interpretación jurídica. Es falso que el derecho solo deba ser objeto de un ejercicio hermeneútico en los casos dudosos. Por el contrario, la interpretación precede siempre e indefectiblemente a la aplicación tanto desde una perspectiva noética, como por el hecho de que no existe una equivalencia conceptual entre las disposiciones (como caso

⁷ Rodríguez Durón, Jesús Everardo, «Y el “formidable problema” sigue ahí», *De Jure*, núm. 1, 2025, pp. 38–93, disponible en: <https://revistasacademicas.ucol.mx/index.php/dejure/article/view/2405> (fecha de consulta: 1 de julio de 2025).

⁸ Cfr., Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, pp. 290–301.

especial de un enunciado) y las normas (en tanto significado de ese enunciado)⁹. En ello reside, entre otros factores, la potestad productiva de la jurisprudencia para crear o reconocer nuevos derechos.

Hay que decir, además, en relación con este aspecto, que no comparto ciertas afirmaciones, comunes en el campo de la teoría de los derechos, según las cuales «los nuevos derechos son aquellos que no están positivizados, sin embargo, han sido reconocidos como fundamentales, en particular por las jurisdicciones constitucionales o convencionales a través de la interpretación sistemática de principios, valores y derechos reconocidos en la Constitución y en el parámetro de convencionalidad» (p. 61). Tomo esta referencia de la contribución de Haideer Miranda al libro que ahora presentamos. Me parece, no obstante, que concebir así la cuestión genera dos malentendidos. En primer lugar, supone una implicación innecesaria de los derechos fundamentales con los derechos morales que valen solo en virtud de su corrección material, en cuanto se hace referencia a una cierta materia latente de valor sustantivo en espera de reconocimiento. Y, por otro lado, sería tanto como desconocer que los principios para la derivación de normas están relacionados con la forma de producción y con las normas inferidas como consecuencias válidas de los enunciados normativos generados conforme al primer principio de legalidad. Por eso, las normas adscritas por la vía interpretativa son igualmente parte del derecho positivo como se predica respecto de las normas directamente estatuidas. Con lo anterior quiero decir que la producción y reconocimiento de nuevos derechos no es un fenómeno inexplorado —o que exija abandonar los confines— de la concepción positivista del derecho. Y eso, por cierto, no es cosa menor para los tiempos que corren.

En relación con las normas adscritas, Robert Alexy es enfático al señalar que, si tales no existieran, no sería claro qué es aquello que sobre la base del texto constitucional; es decir, la norma directamente expresada, está ordenado, prohibido o permitido. En este sentido, las decisiones judiciales que amplían el alcance de las posiciones protegidas por los derechos guardan con el texto fundamental una relación de precisión y un vínculo de fundamentación. En esa virtud, los derechos fundamentales no son solo «las normas que los enunciados de la Constitución expresan directamente, sino también las normas del tipo aquí mencionado»¹⁰. Desde luego, para que un desdoblamiento así pueda funcionar, es preciso que la interpretación constitucional se conciba como una operación cualificada, al menos, desde el punto de vista del objeto y de los métodos empleados a ese propósito.

⁹ Cfr., Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 19-61.

¹⁰ Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2a ed., Madrid, CEPC, 2012, p. 52.

No es mi afán aquí entrar en la polémica sobre la especificidad de la interpretación de la ley fundamental¹¹, pero sí diré algo que tiene como trasfondo el problema aludido.

Y es que, como lo reconoce la jurisprudencia de la Corte, la interpretación del contenido de los derechos fundamentales debe ir a la par de la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida, pues los textos que reconocen dichos derechos son instrumentos vivos, en cuanto su contenido no se limita al texto expreso de la norma donde se les reconoce, sino que se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas fundamentales, así como con la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica¹².

Ahora bien, con todo y que se reconozcan las potestades creativas de la jurisdicción en este campo, ello no comporta aceptar el extremo donde el poderío de la rama judicial no conoce control. Es preciso reconocer que, incluso en el marco de una constitución rematerializada existen espacios donde la deferencia al margen configurativo del legislador marca el confín de la competencia judicial de control¹³. Con ello llego al último aspecto que me interesa destacar.

(iii) En su contribución a la obra colectiva, el profesor Figueroa Mejía profundiza su línea de investigación sobre las sentencias constitucionales, pero proyectada esta vez al espinoso problema de las medidas reparatorias de la discriminación normativa y la ampliación de derechos. Este es un terreno fértil en nuestro medio porque es difícil pasar por alto las condiciones de marginación estructural —para usar las palabras de Roberto Saba— donde se encuentran múltiples grupos desaventajados por la marginación, la miseria, los estereotipos de género y otras tantas situaciones insuperables sin el remedio del derecho¹⁴.

Es por ello, que cuando se analiza la constitucionalidad de normas que inciden sobre los derechos fundamentales, especialmente en lo que tiene que ver con la aplicación legislativa de los principios de igualdad o no discriminación, está justificado un examen de constitucionalidad más estricto o exigente. No ocurre lo mismo cuando se analiza la

11 Sobre ello, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2a ed., México, Porrúa-III/UNAM, 2006, pp. 137.

12 Tesis: 1ª. CDV/2014, DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, noviembre de 2014, p 714.

13 Un planteamiento sobre esta cuestión está en Alexy, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de Carlos Bernal Pulido, año 22, volumen 66, Madrid, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-64, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390> (fecha de consulta: 19 de abril de 2025).

14 Véase: Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 302.

constitucionalidad en casos distintos, donde cabe aplicar un test de exigencia normal. En esta parte, el tribunal sigue de cerca la teoría acuñada por la corte federal estadounidense, al grado de que ha producido reiterados criterios para justificar un escrutinio estricto de las distinciones legislativas fundadas en categorías sospechosas.

Bajo ese entendimiento la Corte sostiene la existencia de dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de rigor intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 10, párrafo quinto, de la Constitución; se afecten derechos reconocidos por el texto constitucional o los tratados internacionales, o se incidadirectamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera e pecífica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno¹⁵ [tesis 1ª. CCCXII/2013 (10ª.)].

III

El libro sobre la *Ampliación y reconocimiento de (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, editado por Figueroa Mejía y López Ulla debe saludarse como un ejercicio pertinente de reflexión sobre el rol del poder judicial en una democracia, precisamente cuando parece que esta clase análisis resultan necesarios no solo por la circunstancia presente, sino porque se trata de cuestiones ineludibles para nuestros sistemas jurídicos. Por citar solo un punto, es cierto que la reciente reforma para establecer el mecanismo de elección judicial por voto mayoritario establecido en México, presenta múltiples espacios que llaman a la desazón y sobre los cuales parece que solo el tiempo y las virtudes personales de aquellos que resulten electos podrán suplir. Pero precisamente por ello, lo menos que puede hacerse es tomar en serio la virtualidad de la garantía judicial como instrumento para operativizar el proyecto trazado por el Constituyente. La defensa de la Constitución no posee únicamente un valor histórico superado por las condiciones poco dispuestas para aceptar sus presupuestos y consecuencias.

Por el contrario, hallar las formas mediante las cuales la magistratura puede — dentro del marco de la colaboración funcional entre poderes, pero siempre con pleno respecto a las garantías de la jurisdicción— ampliar y hacer efectivos los derechos de todos tal vez sea, después de todo, el tema del que vale la pena ocuparse. Y si eso es así,

¹⁵ Tesis: 1a. CCCXII/2013, INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, 26 de junio de 2013, p. 1053, *disponible en*: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004712> (fecha de consulta: 19 de mayo de 2025).

entonces quizá Bobbio tenga algo de razón en que «el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos».¹⁶

REFERENCIAS

ALEXY, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», trad. de Carlos Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, volumen 66, Madrid, septiembre-diciembre 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2a ed., Madrid, CEPC, 2012.

BAYARD, Pierre, *Cómo hablar de los libros que no se han leído*, México, Anagrama, 2018.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

FARELL, Martín Diego, *Teorías del derecho y teorías de la decisión judicial*, México, «Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2022»-Fontamara, 2024.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael y LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (coords.), *Ampliación y reconocimiento de (nuevos) derechos por los tribunales constitucionales*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2024.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2a ed., México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2006.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ/UNAM, 2001.

LIFANTE, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10a ed., Madrid, Tecnos, 2010.

RODRÍGUEZ DURÓN, Jesús Everardo, «Y el “formidable problema” sigue ahí», *De Jure*, núm. 1, 2025, pp. 38–93, disponible en: <https://revistasacademicas.ucol.mx/index.php/dejure/article/view/2405> (fecha de consulta: 1 de julio de 2025).

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

¹⁶ Cfr. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 63.