Ciencia Jurídica
Universidad de Guanajuato
División de Derecho, Política y Gobierno
Departamento de Derecho
Vol. 15, número especial, 2026
pp. 35-73
Dossier: Desafíos actuales del Estado constitucional

OTRA VEZ SOBRE EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Again on the Role of Judges in the Constitutional State

Jesús Everardo Rodríguez Durón**
Universidad de Guanajuato, México
https://orcid.org/0009-0005-6970-2697

https://doi.org/10.15174/v15ispe.564

Sumario:

I. *Jueces y constitucionalismo.* II. *Condiciones necesarias y suficientes.* III. *La ubicuidad de los derechos.* IV. *Las razones del derecho.* V. *El poder de los jueces.* VI. *La mejor luz posible.* VII. *Referencias.*

Resumen: En el presente artículo se argumenta en torno a dos proposiciones interrelacionadas. La primera sostiene que el constitucionalismo implica una reorientación del equilibrio de poderes, por lo cual la actividad de la judicatura describe una tendencia expansiva por una suma de factores concurrentes. Así, conforme a una segunda tesis, explicará cómo la rigidez de los derechos fundamentales, las eventuales relaciones del derecho con la moral y el interés actual por el razonamiento jurídico inciden en el ejercicio de la función judicial. Al final de este recorrido será más fácil advertir la manera en la cual el Estado constitucional requiere, como elemento de eficacia, de un sistema de control judicial de regularidad robusto. Desde luego, ello no quiere decir que todos esos elementos o consecuencias estén exentos de complicaciones; por ello, en el trabajo se aportan algunas coordenadas para apreciar bajo la mejor luz posible a todo este conjunto de elementos.

Palabras clave: Constitución, derechos fundamentales, jueces, principio de proporcionalidad.

Abstract: This article argues around two interrelated propositions. The first holds that constitutionalism implies a reorientation of the balance of powers, whereby the activity of the judiciary describes an expansive tendency due to a combination of concurrent factors. Thus, according to

* Los orígenes de este artículo se encuentran en la investigación sobre las dificultades de legitimación del constitucionalismo, que desarrollé durante el periodo 2015-2017 en la Universidad de Guanajuato, y que culminó con la tesis de maestría *El control constitucional ante el desafío democrático. Un acercamiento al problema contramayoritario en el derecho constitucional mexicano*. Sin embargo, una serie de factores relacionados, verbigracia, con la reforma constitucional en materia de elección del Poder Judicial, y, por otro lado, con el impacto que aquel proyecto tuvo en otros productos de investigación (verbigracia, Jiménez González, Claudia, «La ponderación y los conflictos entre derechos fundamentales», *Revista Jurídica. Órgano informativo del Poder Judicial del Estado de Nayarit*, año 17, núm. 94, octubre-diciembre de 2017, pp. 17-33) apuntan a la pertinencia de volver a reflexionar sobre el tema de esta contribución.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor en las Maestrías en Justicia Constitucional, Ciencias Jurídico Penales e Interinstitucional en Derechos Humanos en esa misma Universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SNII/SECIHTI). Contacto: everardord@hotmail.com.

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2026
Fecha de aceptación: 21 de mayo de 2026

a second thesis, it will explain how the rigidity of fundamental rights, the eventual relationship between law and morality, and the current interest in legal reasoning impact the exercise of the judicial function. At the end of this review, it will be easier to identify how the constitutional state requires a robust system of judicial oversight as an element of effectiveness. Of course, this does not mean that all these elements or consequences are free from complications; therefore, this article provides some guidelines to assess this entire set of elements in the best possible light.

Keywords: Constitution, fundamental rights, judges, principle of proportionality.

I. Jueces y constitucionalismo

Se dice que la teoría del derecho es el prólogo a cualquier actividad o práctica jurídica[1]. Por la morfología normativa presente en los ordenamientos, es dable afirmar que cualquier materia o cuestión en lo particular es susceptible de reconducirse hasta el nivel de las concepciones generales sobre la validez del derecho, sus relaciones con la moral o la determinación de las condiciones en las cuales debe ejercerse la coacción conforme a una determinada concepción constitucional. Pese a ello, a veces también se insiste en 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 las respuestas a las grandes preguntas planteadas por cada concepción jurídica alumbran, al mismo tiempo, un cierto modelo de juez que es funcional a aquellas[2]. Sobre ello abundaré en este artículo. En especial, me parece que el constitucionalismo supone, por una amplia variedad de factores, una concepción particularmente intensa de la jurisdicción.

Para justificar este punto recurriré a un conjunto de tesis comúnmente visitadas por la teoría del constitucionalismo. No supondré, sin embargo, que el paradigma constitucional posee estabilidad en todos sus elementos, ni tampoco asumiré la visión habitual en torno a la supuesta superación del positivismo jurídico por la vía de los principios y la ponderación. Por desgracia, aquí podré decir poco en torno a esta última cuestión, aunque parta de algunos presupuestos relacionados con el positivismo incluyente para enfocar la temática abordada. Después de este deslinde, el núcleo de mi planteamiento quedará más claro —y quizá también más modesto—: se limita a señalar la vinculación existente entre el paradigma constitucional (notoriamente difundido en el medio) y el rol protagónico de la jurisdicción que le es concomitante.

1 Este es, por ejemplo, el parecer de Dworkin, para quien la teoría jurídica no es más que el prólogo silencioso de la labor de aplicación judicial del derecho. Véase: Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 90. Sobre ello, véase también: Prieto Sanchís, Luis, «Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-377; y Bonorino, Pablo, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2003.

2 Véase: Farell, Martín Diego, *Teorías del derecho y teorías de la decisión judicial*, México, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2022, Fontamara, 2024.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Esta tendencia se advierte, por de pronto, después de la Segunda Guerra Mundial[3] con la aparición de textos constitucionales que, al lado de una declaración de derechos, han consagrado un capítulo de garantías procesales para la defensa de la Constitución[4]. El fenómeno en su conjunto es palpable. Prácticamente todos los sistemas jurídicos describen procesos más o menos profundos de constitucionalización[5], al final de los cuales los ordenamientos están totalmente impregnados por las normas fundamentales[6]. Esto es singularmente importante porque el control de constitucionalidad, tal como lo conocemos actualmente, es una institución circunscrita dentro de un particular modo de organización política como lo es el Estado constitucional; por lo tanto, los presupuestos que sustentan a este también son las razones que fundamentan a aquel. La peculiaridad es que existen diversas concepciones de los presupuestos sobre los cuales el Estado constitucional se asienta, tanto que, si la perspectiva se aleja un poco de la caracterización general y se centra la atención en los diversos elementos que componen el fenómeno, se podrá advertir que el catálogo de temas y problemas que comporta este paradigma distan de estar definidos de antemano y, mucho menos, de ser tratados de una manera uniforme por los teóricos dedicados al análisis de dichas cuestiones.

La doctrina bajo la cual se agrupa este interés por el papel que —dentro del estado contemporáneo— le corresponde desempeñar a las constituciones rematerializadas (esto es, aquellas que receptaron densos contenidos de valor justiciables ante los tribunales) fue denominada por la escuela genovesa con el sugestivo y poco pacífico título de «neoconstitucionalismo»[7]. Tal como podrá advertirse, el nombre es apenas parte del problema y, acaso, el menor de todos[8]. Sobre este aspecto, Prieto Sanchís tiene razón cuando dice que

> […] lo primero que llama la atención del neoconstitucionalismo es que parece ser una corriente de pensamiento con muy pocos militantes; los autores que suelen citarse

3 Véase: Vigo, Rodolfo, «Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional», en *Judicialización y constitucionalización del derecho*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-21.

4 Para una mayor precisión sobre la evolución del constitucionalismo, véase: Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 72-107.

5 Véase: Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional,* 2ª ed., México, Fontamara, 2007, pp. 147-177.

6 Véase: Carbonell, Miguel, «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Trotta, 2010, p. 161.

7 La invención de la palabra «neoconstitucionalismo» se atribuye a Susanna Pozzolo, quien sostiene que uno de los problemas que se pueden generar con el término es el relativo a etiquetar autores tan diversos bajo una denominación que es extraña para la mayor parte de ellos. En realidad, una mayoría de los autores que se agrupan en esta corriente tienen en común la crítica al positivismo por su aparente incapacidad para explicar el moderno Estado constitucional. Véase: Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico,* trad. de Renzo Saavedra Velasco *et al.*, Lima, Palestra, 2011, p. 26.

8 A este propósito, entre bromas y veras, Atienza escribe que «si alguien me preguntara hoy qué es eso de neoconstitucionalismo, creo que le contestaría lo mismo o algo muy semejante a lo que aparece en el *Diccionario de lugares comunes* de Flaubert, en relación con el derecho: no se sabe qué es». Véase: Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, 2014, p. 1, disponible en: *https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93/61* (fecha de consulta: 15 de enero de 2025).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

> como principales impulsores del movimiento, muy heterogéneos entre sí por otra parte, no suelen considerarse a sí mismos como neoconstitucionalistas; y, a su vez, quienes hacen uso de esa expresión generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo[9].

Dentro de esta «vaguedad conceptual», es importante poner de relieve que, aunque el neoconstitucionalismo se ha concebido de maneras tan variadas que incluso podrían llegar a ser contradictorias[10], todas sus versiones parten del estudio de un mismo fenómeno: el Estado constitucional caracterizado por una subordinación completa del poder al derecho[11]. Por tanto, dichas corrientes difieren solamente en los alcances de los elementos que conforman el paradigma, lo cual desde luego no es baladí. Diríase que todas las corrientes se agrupan en torno a un *concepto* de constitucionalismo, pero sostienen diversas *concepciones* sobre el mismo. Por ejemplo, todas las corrientes reconocen la fuerza normativa de la Constitución, que se convierte en una norma directamente aplicable por los jueces y vinculante para todos los actores del Estado. Todos están de acuerdo, asimismo, en que la Constitución no solamente es una norma procedimental —que se limita a establecer las pautas para crear y reconocer el derecho secundario—, es decir, que no solo es una «norma sobre producción de normas»[12], sino también una norma sustantiva que pretende trazar límites negativos y vínculos positivos a la esfera de acción de los poderes públicos. En otros términos: «los principios y especialmente los derechos fundamentales representan la plasmación de esa extraordinaria densidad

9 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación,* México, UBIJUS, 2014, p. 13. En el mismo sentido Atienza señala —en una extensa pero esclarecedora cita—: «[...] a veces se habla de neoconstitucionalismo para referirse a un determinado fenómeno (ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico), pero otras veces (y en ocasiones al mismo tiempo) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del derecho. Que el neoconstitucionalismo puede entenderse, esencialmente, como una doctrina (o un fenómeno) político, aunque también cabe poner el acento en su dimensión jurídica. O que a veces se usa el término para referirse a teorías o fenómenos que conciernen exclusivamente al derecho constitucional (la interpretación constitucional, por ejemplo), mientras que en otras ocasiones el universo del discurso es el ordenamiento jurídico en su conjunto». Al respecto véase Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo…», p. 1. Sin desconocer esta problemática sobre el uso del término, en lo que sigue se empleará ese vocablo en atención a su extensa difusión en el discurso de los juristas.

10 Así se ha dicho que el constitucionalismo contemporáneo puede ser entendido de dos maneras distintas y, desde luego, opuestas entre sí; esto es, bien como una «superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien, como su expansión o perfeccionamiento». Véase: Ferrajoli Luigi, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de Nicolás Guzmán, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2012, p. 16, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf* (fecha de consulta: 12 de octubre de 2024).

11 En palabras del mismo Ferrajoli: «Existen diversas concepciones de la Constitución y del constitucionalismo jurídico. Un rasgo común a todas ellas puede encontrarse en la idea de la subordinación de los poderes públicos —incluido el legislativo— a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales». *Ibidem*.

12 Sobre el tema de las normas sobre producción de normas, véase: Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México,* 5ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, pp. 15-20.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

normativa que hace del Estado constitucional contemporáneo el contrapunto de lo que pudo ser el modelo kelseniano»[13].

Esta densidad normativa requiere que la Constitución quede garantizada a través de garantías procesales para restaurar el orden fundamental cuando este ha sido desconocido o violado[14]. Esta faceta procesal podría ser identificada como el tercer punto de acuerdo entre las vertientes teóricas del movimiento. En conclusión, el neoconstitucionalismo tiene como presupuesto la aparición del Estado constitucional y, con él, la aceptación de que la Constitución es una norma jurídicamente aplicable, alejada de la concepción programática de los «códigos políticos» que era común en el estadio anterior[15]. Además, parece existir consenso entre todas las corrientes sobre la rematerialización de los textos constitucionales a través del fortalecimiento del capítulo de derechos fundamentales previsto en esos documentos. Y ello, por último, proyecta luz sobre la importancia de consolidar un sistema de garantías de la Constitución vigorizado a partir de la rigidez de las normas fundamentales[16].

No obstante, el alcance de los efectos que han generado estos elementos demarca también las diferencias conceptuales que enfrentan a los neoconstitucionalistas. Por ejemplo, en el plano de la definición del derecho (por lo que hace a sus relaciones con la moral), en la incorporación de los principios en el razonamiento jurídico (y con ellos, la ponderación como método de solución de conflictos entre derechos) y, posteriormente, en relación con el papel del razonamiento jurídico como garantía de racionalidad de las decisiones tomadas en los contextos implicados por el derecho. Todo ello tiene consecuencias directas sobre aspectos tan relevantes como el alcance del control constitucional y los vínculos de ida y vuelta que describen las relaciones entre la judicatura y el resto de los poderes públicos, principalmente en lo que respecta a la legitimación del Poder Judicial para controlar la regularidad de las normas generales y los demás actos de autoridad.

13 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo…*, p. 17. Puede considerarse que Luigi Ferrajoli es quien, desde dentro del positivismo, ha explorado con mayor éxito el tema de la resustantivización de los textos constitucionales, a partir de la ampliación del concepto de democracia. Para este jurista, la democracia es conceptualizada no solamente en términos formales traducidos en las cuestiones de quién y cómo se decide, sino también en términos sustanciales, representados por el respecto de los poderes —públicos y privados— a la esfera de lo indecidible, representada por el ámbito de los derechos fundamentales, es decir, por aquello que no puede ser decidido —derechos de libertad— o aquello que no puede ser no decidido —derechos sociales—. Este fenómeno de positivización del deber ser representa la culminación del positivismo jurídico. Al respecto, véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 23-25.

14 Véase: Acuña, Juan Manuel, «La expansión de la jurisdicción constitucional en América Latina», en Acuña, Juan Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2011, pp. 200-203.

15 Precisamente esta concepción de la Constitución como declaración programática, fue uno de los principales obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales que demandaban del Estado prestaciones concretas de carácter positivo, a diferencia de la tipología clásica de los derechos civiles «de primera generación», que se referían más bien a abstenciones del poder público en beneficio de los gobernados. En relación con ello véase: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 19-64; y Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario,* 2ª ed., México, Fontamara, 2005, pp. 75-99.

16 Véase: Guastini, Ricardo, *op. cit*., pp. 147-177.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Así descrito el problema, en lo que sigue argumentaré en torno a dos ideas mutuamente relacionadas. La primera sostiene que el constitucionalismo supone una reorientación del equilibrio de poderes, por lo cual la actividad de la judicatura describe una tendencia expansiva que se hace notoria en los casos donde los jueces pueden dar contra a las determinaciones del Poder Ejecutivo o del Congreso[17]. La suma de factores dispersos que confluyen bajo la luz del neoconstitucionalismo hace necesario volver a reflexionar sobre la intensidad, efectos, fundamentos y legitimación del control judicial de constitucionalidad, así como sobre los puntos de contacto en las relaciones del Poder Judicial con las otras dos ramas del poder público, pues solo de esta forma será posible justificar democráticamente la expansión actual de la magistratura[18]. Y una vez constatado lo primero, será aconsejable detenerse en el análisis de la forma en la que la constitucionalización del ordenamiento, la rigidez de los derechos fundamentales, las eventuales —o necesarias, según algunos— relaciones del derecho con la moral y el interés actual por el razonamiento jurídico, inciden en el ejercicio de la función judicial. Al final de este recorrido será más fácil aceptar la tesis según la cual el Estado constitucional requiere, como elemento de eficacia de un sistema de control judicial de regularidad robusto[19], que permita tutelar no solo la dimensión constitucional de la libertad, sino también dirimir los conflictos de atribución entre los órganos del Estado y realizar la tutela abstracta de la constitucionalidad[20].

II. Condiciones necesarias y suficientes

Como se explicó en el §1, a partir de la segunda mitad del siglo xx la justicia constitucional encontró condiciones propicias para su expansión[21]. Eso no quiere decir, por supuesto, que sea hasta ese momento cuando pueda datarse el comienzo de la lucha por los derechos y la consecuente reivindicación del poder de los jueces para someter a escrutinio los actos de los demás poderes. Por el contrario, tal ideal se registra desde varios siglos atrás —piénsese, verbigracia, en la pugna de los barones ingleses frente al rey Juan en 1215[22],

17 Véase: Mena Vázquez, Jorge, «Derechos humanos *vs.* democracia, sobre la legitimidad y naturaleza del control jurisdiccional de la legislación», *Derechos Humanos en México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, 2006, pp. 152-160, disponible en: *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5527* (fecha de consulta: 4 de marzo de 2024).

18 Véase: Cappelletti, Mauro, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», en *Obras*, trad. de Luis Aguilar de Luque, México, Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, pp. 311-322.

19 En relación con el concepto de sistema robusto de justicia constitucional, véase: Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes,* Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 19.

20 Con lo cual se tutelan todos los aspectos del orden constitucional, pues la defensa de la Constitución no solo abarca la parte relativa a la libertad y los derechos de las personas, sino también el sector de la ley fundamental, que garantiza la división competencial en el aspecto vertical y horizontal a través de las reglas de distribución de competencias entre los entes gubernativos y la división de poderes.

21 Véase: Cappelletti, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 6, núm. 17, Madrid, 1986, p. 12, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79326.pdf* (fecha de consulta: 22 de febrero de 2024).

22 Véase: Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales,* México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, CNDH, 2014, pp. 38-43.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

en la polémica de Edward Coke frente al rey para defender la supremacía del *common law* sobre el poder del monarca y, con ello, el poderío naciente de la magistratura[23]; o bien, finalmente, en la defensa de los derechos en manos de la Justicia de Aragón, donde podrían mecerse los primeros rudimentos castizos de la jurisdicción constitucional de la libertad—[24]; no obstante, lo cierto es que el movimiento contemporáneo de los derechos es condigno al «nunca más» posterior a la Segunda Guerra Mundial[25]. El Holocausto planteó un dilema moral[26] que confrontó dos concepciones sobre el fenómeno jurídico: por un lado, la tesis de que el derecho y la moral son dominios perfectamente separados[27]; y por otro, las teorías —siempre recurrentes bajo el manto del derecho natural— según las cuales el concepto de derecho *debe* incluir también cierta pretensión de corrección o justicia[28].

Resulta significativo que la Constitución ya no sea vista como un programa político, sino que se haya convertido en un instrumento plenamente normativo y vinculante para todos los poderes públicos[29], lo cual ha implicado la superación del ideal paleo-positivista del Estado legislativo[30]. Ahora la Constitución es un imperativo llamado a establecer el modelo que se desea alcanzar, mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder a través de un mecanismo de pesos y contrapesos horizontales y verticales. Por ello, es dable identificar un fenómeno de rematerialización marcado por el tránsito que confronta al modelo paleo-positivista[31] con el Estado constitucional: el primero, esquemáticamente representado por la supremacía de la ley, la omnipotencia del legislador y el papel pasivo de la judicatura, que bajo las recomendaciones de Montesquieu reconoce a la subsunción como método

23 En relación con este antecedente inglés de la justicia constitucional, véase: Cappelletti, Mauro, «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado», en *Obras,* trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, Porrúa, Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, pp. 49-50.

24 En virtud de que no es el objeto de este estudio, véase: Lira, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano,* México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

25 Véase: Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p. XIX.

26 Así lo denomina Garzón Valdés, Ernesto en «Para ir terminando»; véase: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación,* 2ª ed., México, Fontamara, 2009, pp. 43-50.

27 Lo que podría resumirse en la conocida cita de Kelsen, en el sentido de que «el derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica». Véase: Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho,* trad. de Moisés Nilve, 2ª ed., México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 136.

28 Dicha postura podría estar representada por las posiciones del segundo Radbruch frente al positivismo jurídico; o bien, por la teoría de la pretensión de corrección de Robert Alexy. En relación con la crítica de Radbruch al derecho positivo injusto, véase: Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho,* trad. de Wenceslao Roces, 11ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 90-95; sobre la pretensión de corrección, véase: Alexy, Robert, «Una defensa de la fórmula de Radbruch», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, p. 81, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217366&orden=311762&info=link* (fecha de consulta: 8 de septiembre de 2024).

29 Véase: Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 37-40.

30 Véase: Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 9.

31 El término se debe, desde luego, a Ferrajoli, Luigi; véase: «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 34, 2011, pp. 314-315, disponible en: *https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-el-constitucionalismo-garantista-entre-paleo-iuspositiv* (fecha de consulta: 11 de marzo de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

predominante de aplicación de las normas jurídicas[32]; por el contrario, el Estado constitucional supone un replanteamiento del sistema de fuentes, el resurgimiento de la razón práctica y, desde luego, un estrechamiento cada vez más intenso de los vínculos entre el derecho y la moral[33], como lo veremos un poco más adelante.

Aquí es útil identificar las condiciones o características de este tránsito[34], a fin de captar en su integridad todas las aristas del paradigma constitucional. Y aunque diversos teóricos se han ocupado de la cuestión, me parece que la presentación de Guastini —si bien no del todo entusiasta con el fenómeno— adquirió carta de naturalidad desde su señero trabajo sobre el proceso de constitucionalización. Según el profesor de Génova, es posible advertir siete condiciones de constitucionalización: las primeras dos son necesarias, en tanto que las restantes son condiciones suficientes que admiten diversos grados de cumplimiento. Así las cosas, para determinar si un ordenamiento está constitucionalizado, es menester advertir lo siguiente:

En primer lugar, es precisa la existencia de una Constitución rígida, es decir, no reformable a través de los procedimientos ordinarios que se emplean para modificar las leyes secundarias. En nuestro entorno, lo común es que todas las constituciones escritas sean rígidas, por lo que sería más propio hablar de grados de rigidez, y ya no tanto de la clásica dicotomía planteada por James Bryce[35] entre constituciones que prevén procedimientos más agravados para su modificación y aquellas otras reformables en la misma forma que las leyes ordinarias. Además, es necesario que la carta fundamental esté respaldada a través de un procedimiento de justicia constitucional, ya sea concentrado o difuso, a fin de que la observancia de los preceptos constitucionales quede garantizada para el caso de que estos sean desconocidos o violados por sus destinatarios.

Luego, entre las condiciones suficientes se encuentra la fuerza vinculante de la Constitución, la cual supone que las normas fundamentales —sin importar su tipología, ya sea como reglas, principios o directrices— son normas jurídicas genuinas capaces de vincular a todas las autoridades y los particulares; esto implica que las normas fundamentales están dotadas de una fuerza derogatoria irresistible en caso de conflicto con las normas subordinadas a aquellas. Pero si la Constitución es una norma suprema, entonces es preciso hablar de otra condición relacionada con la sobreinterpretación constitucional, que supone la interpretación extensiva del texto fundamental, esto es, la extracción de múltiples normas implícitas[36], capaces de regular cualquier aspecto de la vida social y política. En palabras del propio Guastini: «cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de —o sea, "libres"

32 Por ello, «de los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo». Véase: Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, Libro XI, capítulo VI, p. 180.

33 Véase: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 2011, p. 12.

34 Véase: Guastini, Ricardo, *op. cit.*, pp. 147-177.

35 Véase: Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas,* estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, CEPC, 2015, pp. 19-23 y 59-68.

36 Véase: García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* 4ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2006, pp. 47-67.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por una o por otra norma constitucional»[37].

Desde otra perspectiva, también es preciso dar cuenta del fenómeno relacionado con la aplicación directa de las normas constitucionales. Ello supone abandonar la concepción liberal del texto fundamental que le asignó solo una función limitativa y regulativa de los poderes públicos, en tanto que las relaciones jurídicas entre particulares eran materia exclusiva del derecho civil y penal. Por el contrario, la visión fuerte del constitucionalismo[38] sostiene que la Constitución tiene como principal función modelar las relaciones sociales, por lo que puede ser aplicada por cualquier juzgador para dirimir toda clase de conflicto sometido a su conocimiento. Esto implica reconocer a la Ley Fundamental como una norma vinculante también en las relaciones entre particulares.

Una condición adicional es la interpretación conforme de las leyes respecto de la Constitución. Este elemento esencialmente supone que, cuando una disposición legal es susceptible de dos interpretaciones, N_1 que contradice a la norma suprema y N_2 que es del todo conforme a la Constitución, deberá elegirse la interpretación N_2, en cuanto aquella resulte acorde con el texto constitucional.

Finalmente, la última condición tiene que ver con la influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Esta concepción de la Constitución concierne tanto a los juristas como a los operadores políticos que definen el contenido de las leyes ordinarias: a los primeros porque, de algún modo, la aplicación de las normas se hará con base en los preceptos y principios constitucionales; y a los segundos, porque les corresponde materializar en la normativa secundaria el proyecto de Estado deseado por el constituyente. Pero este cambio de mentalidad será imposible si no se encuentra articulado a través de un esfuerzo conjunto entre la academia, el foro y la judicatura. Ahora bien, es pertinente no pasar inadvertido cómo el estudio del derecho constitucional durante mucho tiempo se abocó a la simple explicación de los aspectos formales del texto constitucional[39], por lo que se dejó de lado la reflexión sobre la temática relativa al control del poder[40] y el respeto de los derechos fundamentales. En este escenario, el impulso por el discurso de los derechos y la justicia constitucional obedece a un replanteamiento de los puntos sobre los que se asienta la teoría del derecho derivada del proceso de constitucionalización. En efecto, las constituciones modernas se caracterizan por ser textos «largos» que, al lado de la simple organización del poder público, han puesto el acento en el capítulo axiológico, donde el poder constituyente reconoce que los derechos de las personas preceden a la ordenación positiva y constituyen un objeto de preservación por parte de la organización política[41].

37 *Ibidem*, p. 179.

38 Véase: Salazar, Pedro, *op. cit.*, pp. 198-205.

39 Véase: Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 2ª ed., México, Fontamara, 2008, p. 9.

40 En relación con los mecanismos para realizar el control del poder dentro del Estado contemporáneo en general, y en nuestro sistema en particular, véase: Valadés, Diego, *El control del poder,* 3ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006.

41 Véase: García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* 2ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 71-78.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

La seña de esta «revolución constitucional»[42] puede hallarse en una especie de antropocentrismo constitucional, en cuanto los derechos fundamentales constituyen el eje vertebrador de todo el proceso. Si se analiza con cuidado, prácticamente todas las condiciones referidas por Guastini inciden sobre ese punto. Las declaraciones se constitucionalizan para dotarlas de la mayor fuerza vinculante derivada de la rigidez. Con independencia de la tipología con la que estos estén previstos (sea como normas principales o como reglas en sentido estricto) las normas que confieren derechos son sobreinterpretadas de manera que no quedan espacios libres de su influencia. Pero no solo esto, sino que también las normas secundarias deberán interpretarse de acuerdo con los derechos contenidos en la Constitución, lo que supone reconocer la dimensión política de estas enunciaciones que constituyen el criterio de validación sustancial —incluso podríamos decir moral— del resto del ordenamiento jurídico.

Esta concepción de la Constitución y de la justicia constitucional implica revalorar tanto a la norma fundamental como al amplio elenco de derechos que se reconocen ya sea de forma expresa o tácita por medio de la interpretación del texto supremo. Así, repensar el papel que los jueces desempeñan en este escenario y los argumentos en torno a los cuales se pueden legitimar sus funciones, es una tarea de los juristas que no puede aguardar demoras prolongadas.

III. La ubicuidad de los derechos

Si bien el proceso de constitucionalización reposiciona a la ley fundamental como centro de referencia para los agentes públicos, en gran parte dicho proceso discurre a través de operaciones de aplicación judicial y, en especial, a través de los mecanismos de la justicia constitucional. Bajo esta premisa, los derechos fundamentales ejercen una notoria influencia en el control judicial porque cumplen una función objetiva que los convierte en criterios de validez, es decir, en «elementos estructuradores del orden jurídico, merecedores de protección más allá de que exista una pretensión individual que quiera garantizarlos»[43].

Sin embargo, para cumplir esta dimensión objetiva, los derechos deben ser lo suficientemente flexibles a fin de proveer «fundamentaciones dogmáticas de exigencias iusfundamentales estructural y materialmente muy diferentes, [que] pueden utilizarse en todos los ámbitos del sistema jurídico»[44].

Estas dos cualidades —la dimensión objetiva y la estructuración abstracta— parecen resultar contradictorias, porque, en principio, la Constitución podría ser interpretada de manera tan invasiva que erosionara el campo de acción del poder ejecutivo y del legislativo en favor de los jueces. Aunque, por otro lado, la abstracción de los mandatos

42 La expresión es de Cappelletti, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu?...», *op. cit*., p. 14.

43 Véase: Mora-Sifuentes, Francisco, «La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva», artículo inédito, citado por cortesía del autor, p. 2.

44 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2012, p. 467.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

fundamentales también puede contribuir a mantener el carácter vinculante de la ley fundamental frente a una sociedad atravesada por los desacuerdos y que ha encontrado precisamente en la Constitución, un punto de contacto indispensable para la estabilidad. Veamos detenidamente cada aspecto de la ecuación implicada por este punto.

a. El efecto de irradiación

Los derechos fundamentales evocan pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural que se reconocen al ser humano, tanto en su dimensión individual como en el ámbito de la acción colectiva[45], por lo que son muestras de un derecho rematerializado. Este reivindica la importancia de la dignidad humana como presupuesto de la acción estatal, al mismo tiempo que reaviva las discusiones sobre los límites entre el derecho y la política, así como entre el constitucionalismo y la democracia[46]. Tal como lo precisa Alexy, la fundamentalidad de las normas de derecho fundamental resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico, por lo que son derechos directamente vinculantes para los poderes legislativo, ejecutivo y el judicial[47]. Desde la perspectiva anunciada por el profesor alemán,

> […] los derechos adquieren una fisonomía de derecho objetivo, derivada de su positivización en normas jurídicas indudablemente eficaces, ubicadas en las gradas más altas del ordenamiento. Se [convierten así] en criterios de ordenación para todo el sistema u ordenamiento jurídico y, como decisiones básicas, merecedoras de una protección más allá de que exista o no pretensión individual[48].

Como consecuencia de la positivización de los derechos, la Constitución adquiere un carácter procedimental-material, ya que dentro de ella coexisten normas de organización y procedimiento junto con otras que regulan el proceso legislativo o estructuran el principio de división de poderes y con prescripciones que determinan «el contenido de cada norma jurídica del sistema»[49]. De nueva cuenta, Alexy ha precisado que el hecho de

> […] que en una Constitución estén recíprocamente vinculados elementos procedimentales y materiales, es algo que tiene grandes consecuencias para el sistema jurídico en su totalidad. Significa que, además de los contenidos del sistema jurídico, que desde el punto de vista de la Constitución son meramente *posibles*, existen otros contenidos que son constitucionalmente *necesarios* y otros que son *imposibles*. Que las normas de derecho fundamental determinen los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, constituye el núcleo de su fundamentalidad formal[50].

45 Véase: Rodríguez y Rodríguez, Jesús, «Derechos humanos», en *Diccionario de derecho constitucional,* 3ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009, tomo I (A-C), p. 481.
46 Véase: Mora-Sifuentes, Francisco, *op. cit*., p. 3.
47 Véase: Alexy, Robert*, op. cit.,* p. 461.
48 Véase: Mora-Sifuentes, Francisco, *op. cit*., p. 4.
49 Así, Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 462.
50 *Ibidem*, p. 463.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

A dicha faceta debe sumarse la fundamentalidad material de las normas constitucionales que confieren derechos, porque a través de ellas se toman las «decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad»[51]. Los derechos fundamentales representan un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica, es válido para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción[52]. Así, los derechos fundamentales son criterios de validez, de los cuales los poderes públicos no pueden desentenderse de su observancia, sino que, por el contrario, «deberán respetar y tener en cuenta en sus actuaciones todo el sistema de derechos fundamentales establecido en la Constitución. En caso contrario, sus actos no podrán reputarse válidos por los órganos encargados de su garantía»[53].

Pero ¿qué relación tiene la «dimensión objetiva de los derechos» con el papel de la justicia constitucional? Dicho vínculo se expresa en la implicación estrecha existente entre la consagración de los derechos y un modelo de justicia constitucional robusto, que es contrapartida del primer fenómeno. Como se señaló en el §2, en la actualidad las constituciones obedecen a un diseño procedimental-sustantivo que al mismo tiempo determina los procesos formales de creación de las normas secundarias y trata de asegurar el respeto de ciertos contenidos sustantivos bajo la forma de criterios de validez del ordenamiento. Por eso, la Constitución establece los temas que no pueden dejar de decidirse para asegurar la viabilidad social y política de la comunidad, y concomitantemente señala —en sentido negativo— las cuestiones constitucionalmente imposibles, esto es, aquello que se ha separado del debate público y respecto de lo que ninguno de los poderes tiene competencias para modificar.

Tal morfología constitucional se aleja del esquema kelseniano que argumentaba a favor de evitar cualquier tipo de fraseología que remitiera a conceptos valorativos[54]; y en la misma medida se separa de la imagen del juez «boca de la ley» y del «poder judicial nulo» propuesto por Montesquieu. Por el contrario, se aproxima, por la vía de la rematerialización sustantiva, a un modelo fortalecido de justicia constitucional que busca mantener la coherencia del ordenamiento y la regularidad de la acción de los poderes a través del efecto de irradiación de los derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, si la fundamentalidad formal de la Constitución se manifiesta en la previsión de ciertos contenidos necesarios o imposibles dentro del orden jurídico y en el poder de los jueces para invalidar los actos contrarios a dicho orden, entonces el Estado constitucional no resulta viable sin un modelo de control judicial que garantice procesalmente la supremacía formal y material de la Constitución. En cualquier otro caso, la ley suprema no pasaría de ser una proclamación política no vinculante —sobre todo para el legislador— o, en el peor de los escenarios, una mera declaración de buenas intenciones.

51 *Idem.*

52 *Ibidem,* p. 465.

53 Véase: Mora-Sifuentes, Francisco, *op. cit*., p. 7.

54 Véase: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, p. 79.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

b. Normas amplias y conflictivas

Sin embargo, aunque los derechos sean criterios objetivos de validez, solo pueden cumplir dicha función cuando las normas fundamentales son lo suficientemente amplias como para captar las necesidades de una sociedad heterogénea. Por eso, un amplio sector de la doctrina sobre el constitucionalismo sostiene que las normas de derecho fundamental deben ser estudiadas de acuerdo con la teoría de los principios[55]. Desde aquí aparece el primer reto para la justicia constitucional. Cuando se sostiene que los derechos deben estar concebidos en términos suficientemente amplios, también hay que hacerse cargo del problema de su consecuente imprecisión[56] y, en especial, de cómo equilibrar las competencias de anulación de los jueces constitucionales con la deferencia hacia el Poder Legislativo[57]. Así planteados los términos de la cuestión, la concepción de los derechos fundamentales en términos de principios, y el juicio de ponderación como método de aplicación de los derechos, son dos muestras del actual protagonismo judicial.

La caracterización de los derechos fundamentales como «mandatos de optimización» que ordenan que una conducta se cumpla en la mayor posibilidad de las condiciones jurídicas y fácticas[58], supone —como dice García Figueroa— el hecho de que los derechos sean normas derrotables[59]. Dicho en otras palabras, los derechos vendrían a ser valores o principios morales esencialmente distintos a las reglas, en cuanto que están dotados de una normatividad más débil cuya aplicación queda confiada, más que a la subsunción, a la ponderación legislativa y judicial[60].

Desde el momento en que las constituciones contemporáneas representan la «positivización del contenido de justicia del ordenamiento, que ya no es un ideal externo, sino que se convierte en un elemento constitutivo e intrínseco, suministrado por los valores constitucionales»[61], se implica también la función de determinar el alcance concreto de cada derecho, con el fin de, en primer lugar, delimitar el campo de lo constitucionalmente posible y, después, proveer una solución a la posibilidad de colisiones entre derechos fundamentales. Al esclarecer el campo de «lo constitucionalmente posible» y reflexionar sobre la racionalidad del método ponderativo como medio para salvar los conflictos entre principios, no solo se fortalece una concepción de la Constitución como orden material de valores, sino que también se abonará a la legitimación de la justicia constitucional. Pozzolo se ha referido con claridad a esta cuestión, al sostener que «la adopción de una concepción preceptivo-sustantiva de la Constitución conlleva

55 Véase: Sieckmann, Jan R., «Los derechos fundamentales como principios», en Sieckmann, Jan R, (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,* trad. de Daniel Oliver Lalana, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 37-49.

56 Véase: Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 468.

57 *Ibidem*, p. 483.

58 *Ibidem,* p. 69.

59 Véase: García Figueroa, Alfonso, «¿Hacen los jueces justicia? Sobre Principios y reglas», en Gascón, Marina (coord.), *Argumentación jurídica,* México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 191-215.

60 Véase: Ferrajoli, Luigi, «Constitucionalismo principialista…», p. 20.

61 Véase: Pozzolo, Susanna, «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Trotta, 2010, p. 173.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

la necesidad de compatibilizar los principios constitucionales», tanto que «un cierto grado de conflicto entre principios, derechos fundamentales, y valores constitucionales es un dato "natural" de las constituciones largas y densas»[62].

En tanto los principios son normas que no están dotadas de una estructura condicional con un supuesto de hecho y una consecuencia bien determinados[63], sino que más bien evocan ideas de valor que se mueven en la dimensión del peso, su aplicación requiere un ejercicio de argumentación racional diverso a la subsunción. Este ejercicio implica un acto de aplicación y asignación judicial del derecho frente a las colisiones frecuentemente presentadas y ante la carencia de márgenes de acción delimitados *a priori* para el poder público[64]. Así planteada la cuestión, parece existir solo un «derecho a la ponderación»; es decir, una condición donde —frente a un caso concreto— deberá determinarse, mediante un ejercicio de interpretación constitucional que justifique la relación de precedencia condicionada entre las normas concurrentes, cuál de los principios en liza debe prevalecer[65].

Bajo esas coordenadas, la teoría de los principios tiene ante sí un reto importante por resolver. En primer lugar, debe asegurar la forma de que la ponderación sea un procedimiento racional de aplicación del derecho; y, sobre todo, garantizar que la fuerza normativa de los derechos fundamentales —aún en los casos de colisión, en donde el derecho a la ponderación judicial relativiza la expectativa de cumplimiento de alguno de los principios implicados— no quede comprometida de tal grado que el derecho se convierta en una declaración sin cumplimiento efectivo.

Frente al carácter principal de las normas que confieren derechos, la dogmática constitucional puede optar por tres soluciones distintas. La primera pasa por descubrir jerarquías constitucionales *a priori* entre los derechos fundamentales, de suerte que las colisiones sean resueltas a través de criterios generales, no confiados a la potestad judicial, y decididas a partir de una jerarquía normativa prediseñada por el legislador constituyente. Otra opción consiste en remitirse a una concepción de los derechos en

62 *Ibidem*, p. 176.

63 Véase: Bernal Pulido, Carlos, «La ponderación como instrumento para interpretar los derechos fundamentales», en Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional,* México, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana/Campus Guadalajara, 2013, p. 93.

64 En diversos trabajos Alexy ha sostenido la idea de los márgenes de acción estructurales y epistémicos para superar las críticas que se han dirigido a la teoría de los principios. Así, aun cuando la Constitución condiciona la creación normativa secundaria, el margen estructural asegura un espacio de acción para el congreso respecto de las opciones que no están prohibidas ni ordenadas constitucionalmente, y que por tanto quedan confiadas a la discrecionalidad legislativa. Pero los límites epistémicos de la teoría de los principios son más interesantes, porque ellos derivan de la imposibilidad para conocer con precisión las fronteras precisas del margen de acción estructural y que, por ello, *prima facie*, pueden ser dispuestos por el legislador. Véase: Alexy, Robert, «Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 57-87.

65 Por eso Toller sostiene que las tesis de la ponderación y de la jerarquía de los derechos suponen que antes del pronunciamiento judicial las partes en conflicto «tienen» y «no tienen» un derecho, pues será precisamente el fallo judicial el que determinará cuál de los dos derechos debe prevalecer. Al respecto, véase: Toller, Fernando, «La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional», en Flores Saldaña, Antonio, *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana/Campus Guadalajara, 2013. p. 531.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

donde estos conserven la tipología de las reglas, de manera que su aplicación se resuelva a través de un silogismo, con lo que el papel «activista» de la magistratura quede fuertemente limitado por las formas tradicionales de aplicación judicial del derecho. Finalmente, podría encontrarse una forma que fortalezca a la teoría de los principios mediante la garantía de racionalidad en la ponderación, lo que supone también la implantación normativa de un sistema robusto de justicia constitucional.

La primera alternativa proviene principalmente de la jurisprudencia anglosajona[66], pero presenta deficiencias cuando intenta aplicarse a sistemas constitucionales en donde no es posible recurrir a una jerarquía expresa entre normas constitucionales. Tal es el caso de nuestro sistema, en el cual no es posible encontrar tal relación de preeminencia entre las normas de la propia Constitución[67], por lo que la decisión de preferir un derecho sobre otro dependería en gran parte de la discrecionalidad del intérprete de las normas.

La segunda postura podría ser representada por el constitucionalismo garantista de signo ferrajoliano, que crítica la idea de los derechos fundamentales como mandatos de optimización. Este modelo basado en un replanteamiento del positivismo jurídico[68]

66 Así lo sostiene el trabajo de Fernando Toller citado en esta parte; véase: Toller, Fernando, «La imposibilidad de las colisiones…», p. 532.

67 Después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, por medio de la cual se reformó el artículo 29 constitucional, se ha llegado a considerar que existen derechos superiores en el ordenamiento mexicano tales como el derecho a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, la protección de la familia, el derecho al nombre, a la nacionalidad y los derechos relacionados con la infancia, así como los derechos políticos, la libertad de imprenta, pensamiento, conciencia, de creencias, el principio de legalidad e irretroactividad en la aplicación de la ley, las garantías judiciales y la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la pena de muerte. Sin embargo, con base en el estudio de Fix-Zamudio y Valencia Carmona, podemos concluir que si bien estos derechos no son susceptibles de suspenderse en los Estados de excepción, no podemos desprender de ellos la consagración constitucional de un conjunto de «valores superiores» al estilo de la Constitución española, porque la previsión contenida en el artículo 29 se refiere solamente a situaciones graves de inestabilidad social generadas por «invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto», sin que de ello puedan derivarse facultades ordinarias para que la judicatura, en el ejercicio del control constitucional, pueda desprender de este artículo una jerarquía legislativa de derechos *a priori*. Esto es así, además, porque las facultades que el último párrafo de ese artículo confiere a la Suprema Corte de Justicia, se refieren solo al pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los decretos emitidos por el Presidente de la República durante el Estado de emergencia, mas no para que de dicho numeral pueda extraerse una metanorma para evaluar la regularidad cotidiana de las normas con base en este parámetro de derechos no suspendibles. Sobre el tema, véase: Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional,* 2ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013, pp. 35-50.

68 El constitucionalismo de las reglas supone un replanteamiento del positivismo porque contempla al Estado contemporáneo como la culminación de dicha doctrina. En palabras de Ferrajoli: «Por ello, el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el "ser" sino también el "deber ser" del derecho; y completa al Estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad. De esta manera, el constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría. Gracias a esto, la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleoiuspositivista, "condicionante" de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales. Así, el derecho en su totalidad se concibe como una construcción enteramente artificial, de la que no sólo se regulan las *formas*, como en el viejo paradigma formalista del paleopositivismo, sino también los *contenidos*, a través de los límites y vínculos impuestos a ellos por el paradigma constitucional». Véase: Ferrajoli, Luigi, *op. cit*., p. 23.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

sostiene que los derechos se comportan en la práctica y son estructuralmente auténticas reglas, es decir, en terminología de Alexy[69], vendrían a ser mandatos definitivos que se cumplen o no y, por lo tanto, no admiten espacio para ninguna ponderación por parte del obligado a realizar la conducta que ellos describen. De acuerdo con esto, los derechos implican la existencia de prohibiciones u obligaciones de prestación[70] que excluyen la necesidad de balanceos judiciales. Esta morfología dota a los derechos de la máxima eficacia que el sistema jurídico puede conferirles, al representarlos como mandatos definitivos dotados de la virtualidad propia de la supremacía y la rigidez constitucionales.

Ahora, ¿hasta qué medida es posible un modelo de derechos fundamentales basado en reglas? Parece que en esta parte la propuesta de Ferrajoli tropezaría con algunas dificultades. Si bien a primera vista bajo el modelo de las reglas parecería que los litigios que involucran derechos fundamentales se resuelven mediante la aplicación del simple esquema de la subsunción, lo cierto es que en la práctica no siempre es así, porque generalmente estos problemas constitucionales son casos difíciles que desencadenan resultados trágicos[71]. Para resolver esta clase de controversias, la argumentación constitucional, aunque no prescinde de la lógica y el silogismo[72], tiene que aplicar operaciones más complejas[73]. La operación silogística sugerida por el constitucionalismo de las reglas no proporciona una respuesta concluyente que excluya tal necesidad de justificación externa[74]; y por cierto no podría ser de otra forma en cuanto que las propias cualidades del razonamiento lógico se caracterizan por tomar las premisas como elementos dados, de tal manera que el centro de gravedad se coloca en la regla de inferencia que permite el paso entre aquellas y la solución sostenida en el fallo[75]. Pero en la medida en que la motivación de los fallos judiciales requiere, además, apelar a ciertos elementos valorativos que permiten presentar a la solución como la mejor a la que puede arribarse también desde el punto de vista sustancial, entonces se hace preciso enfocar la justificación desde una óptica que tenga en cuenta el peso de las razones.

Con todo, la cuestión más importante que se puede objetar a la tesis de las reglas es que el conflictivismo entre los derechos surge precisamente por la amplitud de la consagración constitucional en materia de derechos. Por eso en un mismo caso dos o más normas constitucionales pueden ser aplicables, por lo que entran en liza y la aceptación

69 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 95-112.

70 Véase: Ferrajoli, Luigi, *op. cit*., p. 21.

71 En la jurisprudencia constitucional, los casos que ameritan una ponderación de derechos bien podrían denominarse trágicos, porque en esos supuestos «no cabe encontrar una solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral». Para esta caracterización, véase: Atienza, Manuel, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008, p. 196.

72 Véase: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación,* 2ª ed., México, Fontamara, 2009, pp. 67-131.

73 Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2014, p. 111.

74 Sobre la distinción entre justificación interna y externa: Wróblewski, Jerzy, «Justificación de las decisiones jurídicas», en *Sentido y hecho en el derecho,* trad. de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México, Fontamara, 2008, pp. 45-65.

75 Véase: Weston, Antony, *Las claves de la argumentación,* trad. de Mar Vidal, México, Ariel, 2015, pp. 67-68.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

de una llevará a cerrar el paso de la otra. Ello conduce a la tercera alternativa planteada, esto es, la ponderación. Ese recurso ha sido un argumento común en la historia de los pronunciamientos del *Bundesverfassungsgericht* —y también de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos—. Por cierto, nuestra Suprema Corte de Justicia no escapa a la tendencia expansiva de la ponderación como instrumento de la argumentación constitucional[76]. Para demostrarlo basta citar un precedente ilustrativo donde la Primera Sala sostiene que

> […] el examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (I) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (II) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (III) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (IV) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo[77].

76 Semejante expansión de la proporcionalidad como directiva metodológica para la aplicación de los derechos fundamentales es comparada con una especie de «marcha triunfal». Así, véase: Borowski, Martin, «Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 1, núm. 2, 2007, p. 210. En el mismo sentido, véase: Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* trad. de Rubén Sánchez Gil, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Defensoría de los Derechos Universitarios, Senado de la República/LXII Legislatura, Universidad Autónoma de Yucatán, 2017, pp. 4-8.

77 Basta revisar unos cuantos precedentes de la Suprema Corte para sostener dicha conclusión. Véase: Tesis: 1a. CCLXIII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, noviembre 2016, p. 915, disponible en: *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013156* (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

El test de proporcionalidad es un ejercicio argumental para determinar el contenido vinculante de los derechos fundamentales que resulta imponible a la autoridad[78]. Se trata de un examen secuencial compuesto por tres gradas distintas: la idoneidad o adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, a través de las cuales se determina si una medida restrictiva de derechos resulta legítima[79]. En este punto no será ocioso decir algo más sobre cada grada del escrutinio implicado por el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, el análisis de idoneidad permite determinar si la medida que limita un derecho persigue un fin constitucionalmente legítimo y si la determinación de la autoridad es prácticamente útil para lograr el fin perseguido. El examen aludido supone un estudio de carácter teleológico que tiene como punto de llegada la consecución de alguna de las finalidades propias del Estado constitucional. Es importante que el juicio de adecuación sea particularmente meticuloso para no lesionar la libertad configurativa del legislador, por lo que en esta sede deberá acreditarse con suficiencia que la finalidad querida por el legislador es contraria al orden constitucional[80]. El examen de idoneidad —en sede de la teoría— incluye los pasos (I) y (II) definidos por los precedentes de la Suprema Corte. Con razón, la Primera Sala explica que:

> […] al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos[81].

Y luego, en relación con la idoneidad propiamente dicha —punto (II) en la metodología definida por la Primera Sala— la jurisprudencia enseña que en ese estadio

> […] debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una

78 Véase: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 103 y ss.

79 Véase: Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.,* p. 123.

80 Véase: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*…, p. 430.

81 Véase: Tesis: 1a. CCLXV/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, 25 de noviembre de 2016, p. 902, disponible en: *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013143* (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

> medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas[82].

Por su parte, el subprincipio de necesidad requiere que la medida restrictiva satisfaga dos requisitos: por una parte, que de entre todas las opciones posibles sea la menos gravosa para el derecho afectado, y luego, que no exista otra opción o medio apto para satisfacer el fin que busca obtener, bien porque el camino elegido por la autoridad sea el más idóneo o porque el resto de las medidas existentes impliquen un sacrificio mayor para el derecho de que se trata[83]. Sobre este componente, la Primera Sala razona su jurisprudencia en el sentido de que:

> […] el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto[84].

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto supone la realización de un ejercicio de ponderación entre los bienes constitucionales en conflicto para determinar si el beneficio obtenido con el menoscabo del derecho fundamental es mayor que la intensidad con la que se interviene en el ámbito del derecho afectado[85]. Por eso, la jurisprudencia de la Primera Sala define al examen de proporcionalidad en sentido estricto como:

> […] un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de

82 Véase: Tesis: 1a. CCLXV/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, 25 de noviembre de 2016, p. 911, disponible en: *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013152* (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2024).

83 Véase: Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p. 45.

84 Véase: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, tomo II, p. 914.

85 Véase: Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de Manuel Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 465.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

> los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido *prima facie* de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio[86].

Según la construcción teórica del principio de proporcionalidad, el juicio de ponderación es el nudo del examen, ya que implica un análisis sobre los costes que conlleva la salvaguarda de un derecho en contra de la intervención en el principio que postula el derecho que se mueve en sentido contrario[87]. En relación con esta operación de cálculo, Bernal Pulido señala que la palabra «ponderación» designa una actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto a fin de determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por lo tanto, cuál de ellos determina la solución del caso[88]. Existe una colisión de principios siempre que en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso[89].

En esa medida, bien vale inquirir por el grado en que la teoría de los principios es consecuente con la democracia y cómo ha podido superar la crítica en torno a la racionalidad de sus resultados. Esta cuestión supone, desde luego, un argumento a favor de la legitimación de la función judicial en general, pero sobre todo de las facultades de control de la regularidad. Y si bien una parte de la obra de Alexy —en torno a la teoría de los principios— está dedicada a exponer el carácter racional de la ponderación[90], existe un conjunto de críticas recurrentes que pugnan en contra de la aplicación de este recurso por parte de los jueces.

La primera de las objeciones descansa en el argumento de la relativización de la fuerza vinculatoria de los derechos fundamentales, que al ser conceptualizados como mandatos de optimización pueden llevar a sacrificios en razón a fines colectivos. De acuerdo con ello, al ser calificados como mandatos de optimización, los derechos fun-

86 Véase: Tesis: 1a. CCLXXII/201*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, 25 de noviembre de 2015, p. 894, disponible en: *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013136* (fecha de consulta: 23 de agosto de 2024).

87 Véase: Larenz, Karl, *op. cit.,* p. 466.

88 La palabra ponderación deriva del latín *pondus*, que significa peso. Véase: Bernal Pulido, Carlos, «La ponderación…», p. 94.

89 *Ibidem*, p. 95.

90 Véase: Alexy, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, vol. 66, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-64, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf* (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

damentales representarían «demasiado poco» pues estarían expuestos a la ponderación en los casos concretos, lo que debilita su expectativa de cumplimiento[91]. Desde la propuesta del constitucionalismo de las reglas (con un punto de vista semejante) Ferrajoli sostiene que «la caracterización indiferenciada de los principios conlleva el debilitamiento normativo de los mismos», por lo que el resultado de este enfoque «es un oscurecimiento del alcance normativo de los principios constitucionales»[92]. Pero el autor italiano es más profundo en su crítica cuando censura también la actividad judicial que —a partir de la idea de los mandatos de optimización y la ponderación— ha derivado principios no expresamente previstos en la Constitución. Dice Ferrajoli:

> […] hay otro aspecto, todavía más perverso e insidioso, de la aproximación antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas rígidamente vinculantes, a las que se encuentran sometidas la jurisdicción y la legislación por ser de un grado subordinado a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentaciones morales, cuando no hayan quedado confinadas en el debate académico entre filósofos del Derecho, ha favorecido el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución[93].

La crítica en torno al debilitamiento normativo de los derechos fundamentales implica también una objeción a la actividad judicial por medio de la cual se determina la relación de precedencia entre derechos. Específicamente, esta vertiente afecta la legitimación del control de constitucionalidad, pues implica —en opinión de sus críticos— un desplazamiento de las competencias del legislador hacia el tribunal constitucional. El deslizamiento hacia la magistratura es indicativo de una crítica política a la ponderación, en la medida en que esta acentúa la actividad judicial en detrimento del parlamento. Esto es así porque en los casos de conflictos entre derechos son los tribunales quienes determinan el principio que debe prevalecer, lo que puede tener por efecto la anulación de las decisiones del legislativo o de la administración, a manos de un poder que no representa la voluntad general. Sin embargo, aun frente a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, tendría que reconocerse la existencia de márgenes de acción estructurales y epistémicos[94], con fundamento en los cuales sobrevive un espacio de *libertad configurativa* para la acción del legislador.

Así, la teoría de los principios no debe ser apreciada como un escenario en donde el legislador pierda toda su autonomía, de suerte que su actividad se agote en la «mera definición de aquello que ya está decidido por la Constitución»[95], sino que aun en el supuesto de una Constitución fuertemente rematerializada, la actividad del parlamento no solo es posible sino también necesaria, sobre todo a partir de la imposibilidad epistémica para conocer lo que la Constitución ordena o prohíbe o lo que no ordena ni

91 *Ibidem*, p. 15.
92 Véase: Ferrajoli, Luigi, «Constitucionalismo principialista…», p. 41.
93 *Ibidem*, p. 43.
94 Véase: Alexy, Robert, *op. cit*., p. 21.
95 *Ibidem*, p. 16.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

prohíbe, y que así queda confiado a la discrecionalidad legislativa[96]. En alguno de sus trabajos Alexy alude a este punto, al reconocer que «lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan solo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible»[97].

Finalmente, una tercera crítica ilustra el riesgo de que los derechos fundamentales sean víctimas de juicios irracionales, a causa de la inexistencia de medidas plausibles para llevar a cabo la ponderación[98]. Como ya se dijo, la operación a través de la cual se disuelven los conflictos entre principios está destinada a ser un modelo de aplicación judicial del derecho, lo cual replantea las añejas discusiones sobre el papel de los jueces y la base de legitimación para que la justicia constitucional anule una determinación del ejecutivo o del legislativo, quienes tienen una legitimación democrática directa.

Lo cierto es que en el Estado constitucional este acercamiento entre la jurisdicción y la política es casi inevitable y, en todo caso, dadas las particularidades de los derechos fundamentales como triunfos relativos a la mayoría, los tribunales se encuentran en mejor posición para dirimir esta clase de controversias[99]. Sin embargo, a estas alturas, cuestionar la relevancia de la rama judicial en la actuación del proyecto constitucional, más allá del papel restringido propio del legislador negativo, debe darse por descontada. Y quizá por esto mismo, la pregunta apropiada en este punto sea por la forma adecuada para armonizar —de acuerdo con la teoría de los principios— la actividad de control constitucional y la deferencia hacia el Poder Legislativo. En este tenor, a mi entender la respuesta a esa cuestión pasa por la conceptualización de los derechos fundamentales como derechos del particular frente al legislador, por lo que fundamentan deberes que limitan las competencias del Congreso. En palabras de Alexy:

> Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un tribunal constitucional, entonces la intervención del tribunal constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no representa un ejercicio inconstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido, sino también ordenado por la Constitución[100].

Por tanto, el ejercicio de un control judicial de constitucionalidad robusto obedece, como se explicó en este apartado, a la calidad sustantivo-procedimental de la Constitución, al carácter notoriamente abstracto de las enunciaciones de derechos fundamentales y a la propia previsión constitucional de los derechos como límites al principio mayoritario de la Administración y el Congreso. No obstante, esto apenas ofrece una línea del debate que debe ser explorada con mayor detalle, sobre todo a la luz de la

96 *Ibidem*, p. 21.
97 *Ibidem*, p. 22.
98 *Ibidem*, p. 14.
99 Véase: Pino, Giorgio, *Jueces, legalidad e interpretación,* trad. de Víctor García Yzaguirre y Carla Israel Guzmán, Lima, Palestra, 2024, pp. 149-169.
100 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 484.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

legitimación argumentativa de la judicatura para ejercer semejantes potestades controladoras. Sin más, vayamos a eso.

IV. Las razones del derecho

La idea de los principios no solo repercutió en el campo del control constitucional, sino que también se ha proyectado sobre temas mucho más complejos, como en torno a la cuestión sobre la definición del derecho, por ejemplo. En realidad, por debajo de este debate discurre una controversia de mucho más largo aliento: «el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral»[101]. Así, por ejemplo, Atienza y Nino sostienen concepciones según las cuales las razones últimas a las que recurrimos para justificar las acciones o decisiones que tomamos en relación con nuestro comportamiento jurídicamente relevante obedecen, en última instancia, a cuestiones morales[102]. De esta forma, «el razonamiento justificativo de un juez, tiene necesariamente una dimensión moral»[103].

Y si bien Atienza se separa de algunas consecuencias de la teoría alexyana —que entiende el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general[104], en cuanto considera que el derecho se puede contemplar desde múltiples perspectivas, algunas de las cuales permiten separar nítidamente al primero de la moral—, no es menos cierto que en otros contextos no puede escindirse al derecho de las exigencias de la moralidad; por ejemplo, en el caso de la aplicación judicial, porque en dicho escenario «el juez no puede identificar el derecho aplicable a un caso —o, por lo menos, no puede hacerlo en muchas ocasiones— sin acudir a razones morales, ni puede, en consecuencia, justificar su decisión sin recurrir a la moral»[105].

Ahora bien, la tesis de la unidad del razonamiento práctico se articula con un modelo intenso de jurisdicción a través de la teoría principialista. Las normas constitucionales se caracterizan por determinar un conjunto de elementos sustantivos que remiten a la moralidad. En general, los derechos fundamentales con su formulación abstracta pueden calificarse como «enunciados con conceptos densamente morales»[106], como la libertad, la igualdad, la dignidad o la posibilidad de acceder a una procura existencial mínima y a los bienes materiales del desarrollo, tales como la educación, la salud y la cultura. Sin embargo, para ser operativas, las declaraciones de derechos deben estar concebidas en términos lo suficientemente amplios como para convertirse en un derecho vivo y en constante desarrollo, por medio de la actividad legislativa y

101 Véase: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, p. 13.

102 Véase: Nino, Carlos, *Derecho, moral y política*, 2ª ed., Buenos Aires, Siglo xxi, 2014, p. 67. También, Alexy, Robert, «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 32, 2009, pp. 68-72, disponible en: *https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.04.*

103 Véase: Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo…», p. 16.

104 Véase: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Madrid, cepc, 2012, pp. 36 y 206.

105 *Idem*.

106 *Ibidem*, p. 17.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

judicial. La fraseología amplia y cargada de conceptos axiológicos conlleva la dificultad para determinar los límites precisos de lo constitucionalmente posible o permitido. Si a ello se suma el poder de los jueces para controlar la regularidad no solo en lo que se refiere a la observancia de las pautas procedimentales que rigen la producción jurídica, sino también desde la óptica de un control material, entonces se topa con los términos de un binomio a favor del protagonismo de la jurisdicción.

Piénsese, verbigracia, en las decisiones paradigmáticas de la Corte Federal de los Estados Unidos sobre el aborto o la segregación racial en las escuelas; en las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán en relación con los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín[107]; o más recientemente en las discusiones de la Suprema Corte mexicana sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo o la declaración de inconstitucionalidad de las normas que no permiten el divorcio sin expresión de causa. En todos estos casos podría decirse que las razones de tipo procedimental no son determinantes, porque el tema central a discusión no es si se cumplió con determinado requisito del procedimiento legislativo, sino si las decisiones asumidas por el Congreso implican la trasgresión de parámetros materiales como el derecho a la igualdad, la justicia como corrección moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta clase de argumentos ilustran la manera en la que una Constitución rematerializada implica un sistema de control constitucional igualmente robusto, en la medida que el parámetro de examinación se amplía no solo respecto a la forma de producción del derecho, sino también en relación con los contenidos morales positivizados, que se han convertido en «un elemento constitutivo e intrínseco»[108] del constitucionalismo.

La tesis de la unidad de la razón práctica tiene como presupuesto un objetivismo moral mínimo[109] sin el cual no es posible. Es decir, implica lo que Dworkin ha denominado «la unidad del valor»[110]. En este sentido, una de las críticas al control de constitucionalidad se refiere a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que implican concretamente los valores morales que subyacen a las declaraciones de derechos. Si esto es así, entonces el modelo de control constitucional robusto, correlativo al modelo neoconstitucionalista, es tanto como «abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del derecho [...] alentando también una práctica jurídica —en especial la judicial— abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de valores»[111].

Cuando el discurso de la adjudicación judicial hace referencia a argumentos sobre la justicia, la libertad u otros valores constitucionales, estaría enmascarando la arbitrariedad si dichos juicios no son susceptibles de ser fundados racionalmente. En ese sentido se entiende que Ross haya considerado que invocar a la justicia es como dar

107 Véase: Vassalli, Giuliano, *Fórmula de Radbruch y derecho penal. Notas sobre la punición de los delitos de Estado en la Alemania posnazi y en la Alemania poscomunista*, trad. de Ezequiel Malarino y Pablo Eiroa, Bogotá, Temis, 2014.

108 Véase: Pozzolo, Susanna, «Reflexiones sobre la concepción…», p. 173.

109 Véase: Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo…», p. 17.

110 Véase: Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos,* trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 14.

111 Véase: Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo…», pp. 17-18.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

un golpe sobre la mesa, pues el jurista escandinavo pensaba que cuando se apela a la justicia se abandona el terreno de la discusión racional para adentrarse en el campo de las emociones[112]. Podría pensarse entonces que la argumentación moral en el derecho entraña la apertura de un amplio margen de discrecionalidad. Bajo tales presupuestos, se faltaría a la certeza jurídica al no saber cuáles son las consecuencias concretas a las que puede conducir la aplicación del derecho; además se carecería de garantías sobre la claridad argumentativa al momento de motivar las resoluciones judiciales; y finalmente, se faltaría a la legitimidad democrática de la magistratura porque los jueces no son autoridades idóneas para preferir un juicio moral sobre otro, lo que se hace notorio cuando en un mismo caso las soluciones judiciales varían dado el «desacuerdo moral» que es propio en este campo[113].

Sin embargo, un modo —sujeto a demostración— para conjurar estos riesgos pasa por indicar que la objetividad del discurso moral, que se mueve por debajo de la actividad de las cortes constitucionales, no implica la asunción de un elitismo cognoscitivo de la judicatura. Dicho de otro modo, significa más bien que las razones justificadoras de los fallos en torno al valor preeminente de las disposiciones de la Ley Fundamental, pueden ser objeto de una argumentación racional para contribuir a su fundamentación[114]. En otro espacio, sostuve que la objetividad de los juicios morales no supone el realismo, ni tampoco llega al extremo de considerar que las razones de los jueces sean absolutas de modo que no puedan ser derrotadas por mejores argumentos en sentido diverso[115]. Por el contrario, el objetivismo moral mínimo de que se ha hablado más arriba se limita a postular que los juicios contenidos en los fallos son susceptibles de ser fundamentados objetivamente[116]. Preterir esa manera de ejercer la jurisdicción puede ser más costoso que asumir la tarea de fundamentar objetivamente los juicios morales contenidos en los fallos. En realidad, tal deber deriva de la tarea propia del juzgador. La función judicial muchas veces requiere apartarse del formalismo para avanzar hacia las razones subyacentes en las normas, hasta llegar a los principios y valores que inspiran al ordenamiento desde su escalón más alto. Frente a ello, el objetivismo moral mínimo se erige como la alternativa para esclarecer una forma en la que los valores constitucionales no sean más que invitaciones a la irracionalidad.

Con lo dicho se aprecia cómo los efectos del constitucionalismo modifican aspectos sustanciales sobre la forma de entender el derecho, el cual se revela en uno de sus aspectos destacados como una práctica interpretativa destinada a intercambiar razones

112 Véase: Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, 2ª edición, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 273.

113 Véase: Álvarez Medina, Silvina, «La relevancia de la filosofía moral para el derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 25, Madrid, 2009, p. 421, disponible en: *https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2167* (fecha de consulta: 8 de julio de 2024).

114 Véase: Atienza, Manuel, «Justicia constitucional y escepticismo moral», *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral,* Tercera Época, núm. 11, junio-noviembre 2013, p. 14, disponible en: *http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf* (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2024).

115 Véase: Rodríguez Durón, Jesús Everardo, *El sentido actual del positivismo jurídico,* Tesis Doctoral, Universidad de Guanajuato, 2021, pp. 252-276.

116 Véase: Atienza, Manuel, *op. cit.,* p. 16.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

para justificar una opción normativa[117]. En este tenor, la teoría del derecho que acompaña al Estado constitucional reconoce por esta causa que «la interpretación de y desde la Constitución es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional»[118]. En efecto, una serie de factores concatenados y convergentes explican tal centralidad[119]. En primer término, era necesaria una teoría de la interpretación y la argumentación que mostrara la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de la aplicación silogística del derecho. Además, al fenómeno debe sumarse la aparición del sistema de derechos y el control de constitucionalidad, bajo cuyos auspicios se ha supuesto una limitación sustancial del poder del legislador, cuyo ejercicio requiere una legitimación exigente. En esta perspectiva, Atienza considera que

> […] el Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y por tanto una mayor demanda de argumentación jurídica. En realidad, el ideal del Estado constitucional, (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza[120].

Ahora bien, ya por lo que ahora interesa, es preciso destacar que la Constitución —como todos los textos normativos— es objeto de interpretación por parte de una amplia pléyade de operadores. Sin embargo, todavía se debate si la interpretación de la Constitución presenta cualidades en razón de la tipología de sus normas, cuya estructura no supone —como lo indica Pérez Royo— la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas, sino que la Constitución es más bien el marco y el límite a la actuación de los particulares y los poderes públicos, especialmente el legislador[121]. Precisamente el legislador es el intérprete primario de la ley fundamental, en cuanto su función consiste en producir el derecho secundario de acuerdo con las estipulaciones de aquella. Por ello, tal producción normativa presupone la interpretación previa de la Constitución,

> […] dado que la norma suprema contiene los límites que debe respetar toda actuación legislativa, los principios que ha de acoger esta actuación, así como en ocasiones mandatos concretos dirigidos al legislador. De tal forma que no es posible esta actuación sin una previa interpretación de la Constitución, aunque a veces ésta sea meramente

117 Véase: Lifante, Isabel, «La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista», *Anuario de Filosofía del Derecho. 2008-2009,* núm. 25, tomo XXV, 2009, p. 258, disponible en: *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-10025700278* (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2024).

118 Cárdenas, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014, p. 11.

119 Además de los factores descritos, Atienza considera que en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica han influido causas de orden práctico, centradas en la necesidad de operar dentro de estructuras procesales caracterizadas por la contradicción y la dialéctica entre las posiciones de las partes y el juez. Este fenómeno se ha proyectado sobre una forma diferente de enseñar el derecho, es decir, un factor pedagógico, pues ahora no basta solo con conocer los materiales jurídicos, sino que hay que saber las formas concretas de su aplicación a los casos. Véase: Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, pp. 73-78.

120 *Ibidem*, p. 75.

121 Véase: Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 117.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

> implícita. Por ello puede decirse que el legislador es el intérprete «primario» y en cierto sentido «cotidiano» de la Constitución[122].

Y aunque el legislador es el intérprete primario de la Constitución en el momento de la producción normativa ordinaria, los jueces también tienen algo que decir al respecto. Nada menos, en los sistemas donde existe un tribunal —formal o materialmente constitucional o donde, en general, los jueces tienen facultades para ejercer el control de regularidad—, los fallos judiciales representan una interpretación cualificada de la Constitución, en principio porque los criterios sostenidos prevalen sobre cualquier otro órgano o poder, al grado de anular, por vía de la declaratoria de inconstitucionalidad, incluso las normas dictadas por el legislador en ejercicio de la voluntad general. Así, aunque respecto del legislador los jueces constitucionales son intérpretes secundarios[123], en la medida en que dotan de contenido a la Constitución solo dentro de los márgenes de un proceso, lo relevante es que las determinaciones de la corte constitucional representan el grado máximo de la preclusión, al no poder ser objeto de un nuevo examen por ninguna otra instancia.

Es aquí donde la teoría de la argumentación y la unidad de la razón práctica reclaman toda su virtualidad. Aunque los enunciados constitucionales suelen estar concebidos en términos amplios y frecuentemente remiten a contenidos de valor, lo cierto es que ello no implica la concesión de márgenes de discrecionalidad incontrolables. El ejercicio de la jurisdicción se encuentra sujeto a varias garantías institucionales derivadas de las relaciones entre poderes —el Poder Legislativo aprueba las leyes orgánicas del Poder Judicial y las normas procesales que instrumentan los mecanismos de defensa de la Constitución—, ya que la hermenéutica constitucional obedece a una serie de directivas[124] que tratan de dotarla de coherencia y razonabilidad, de suerte que las sentencias se atengan a opciones normativas plausibles para ser aceptadas por la sociedad en general y por los destinatarios de las resoluciones en lo particular. Para decirlo con las palabras de Lifante:

> El nuevo paradigma destaca la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática. En conexión con ello, este nuevo paradigma asume la existencia de criterios objetivos (como podrían ser el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional

122 Véase: Díaz Revorio, Francisco, «La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional», *Quid Iuris. Publicación del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua,* año 3, vol. 6, agosto de 2008, p. 21.

123 *Ibidem*, p. 22.

124 Díaz Revorio señala que «resulta conveniente destacar algunos de los criterios o elementos específicos que se han apuntado como propios de la interpretación constitucional, y que deben estar presentes siempre en esta labor interpretativa. En primer lugar, puede apuntarse el principio de unidad de la Constitución. En segundo lugar, el principio de concordancia práctica, según el cual los conflictos posibles entre preceptos constitucionales no deben resolverse con base en la supuesta superioridad de alguno de ellos y el sacrificio de otros, sino mediante la ponderación, en cada caso concreto, que permita una cierta realización de los principios en tensión. En tercer lugar, hay que destacar el principio de fuerza normativa de la Constitución, que presupone el carácter jurídico y vinculante de cada uno de sus preceptos. En cuarto lugar, el principio de corrección funcional, que implica el respeto a la distribución de poderes y funciones que deriva de la propia Constitución». Véase: *Ibidem*, p. 19.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

> a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque ello no implique necesariamente la aceptación de la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso[125].

En las cualidades argumentativas de la magistratura puede encontrarse un firme asidero de legitimación para la función de decir el derecho en los casos controvertidos. Empero, ello supone aceptar un nuevo papel de la judicatura, apartado del carácter mecanicista, que de alguna forma es característico en los orígenes, por ejemplo, de la revisión judicial, pero que ha quedado comprometido en virtud de una visión particular de la Constitución. Sus normas, en el trance de la aplicación, exigen dotar de eficacia a los valores y principios inmanentes en el texto constitucional, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del derecho vivo. Así lo reconoce un criterio jurisprudencial que bien podría servir como colofón de los temas tratados ahora. Según el precedente en cita:

> El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se ha convertido en una fuente del derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del derecho vivo, el derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del derecho[126].

125 Lifante, Isabel, *op. cit.*, p. 268.

126 Al respecto, véase: RUBRO: INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. III, segunda parte-1, enero-junio de 1989, p. 419, disponible en: *https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/228583* (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

V. El poder de los jueces

Hasta ahora la explicación de la tesis acerca de la vinculación entre el Estado constitucional y el ejercicio de la jurisdicción en un sentido intenso y protagónico anunciada desde el principio de esta contribución se ha referido de manera amplia e imbricada a dos aspectos que conviene distinguir al hilo de este apartado. Y es que, si bien el constitucionalismo supone, en general, un reposicionamiento del papel de la jurisdicción, esta vinculación se advierte de manera predominante en el ámbito del control de constitucionalidad confiado a la rama judicial desde los albores del constitucionalismo[127]. Como se sabe, al inicio de su evolución histórica, la justicia constitucional se encontraba ligada a una concepción «estrecha, mecánica y nada creativa» de la función jurisdiccional[128]. Dicha caracterización obedece a una imagen de la magistratura, surgida de la desconfianza popular hacia la actividad de los jueces, que encontró uno de sus momentos culminantes en la ruptura con las tradiciones aristocráticas del Antiguo Régimen, propiciada por la Revolución francesa[129]. Precisamente la evolución tardía de las garantías constitucionales en Europa es conteste con el papel central concedido a la ley como manifestación de la voluntad general y con el predominio del Poder Legislativo como mandatario de la soberanía popular[130]. Así las cosas, es fácil comprender que la jurisdicción no haya sido vista como una forma de creación del derecho, sino como una actividad inanimada que carece del acento característico de la función legislativa. No obstante, el Estado constitucional y la teoría del derecho que le subyace, reposicionan la función judicial hasta llevarla a una altura desconocida para la tradición anterior. El boleto de entrada para el cambio es claramente el lenguaje de los derechos y el control de poder que arropa en su interior el discurso de la justicia constitucional. A este punto quiero referirme en lo que sigue.

a. Un poder «en cierta medida nulo»

La teoría política del siglo XVIII es un lugar común para las referencias al carácter mecánico y periférico de la jurisdicción. Un lugar destacado en esta historia lo ocupa, sin duda, el Barón de Montesquieu, quien —al enunciar el principio de la división de poderes como clave de bóveda para construir un gobierno moderado[131]— se refirió a la judicatura con palabras que han pasado a ser clásicas. Según el ilustrado francés, en todos los Estados hay tres especies de poder: el poder legislativo, por medio del cual se

127 Chiassoni, Pierluigi, *Introducción a la argumentación constitucional*, Lima, Palestra, 2024, pp. 163-174.

128 La expresión es de Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica,* trad. de Eduardo Suárez, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 79.

129 Giner, Salvador, *Historia del pensamiento social,* Barcelona, Ariel, 1972, p. 323.

130 Véase: Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, 4ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2010.

131 Dice el autor de las *Cartas persas* que «la libertad política sólo se halla en los gobiernos moderados; mas no siempre está en ellos, sino únicamente cuando no se abusa de la autoridad […] La misma virtud tiene necesidad de límites. Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder». Véase: Montesquieu, *op. cit.*, Libro XI, capítulo VI, p. 175.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

hacen las leyes; el poder de ejecutar lo que depende del derecho —ejecutivo—, a través del cual se hace la guerra o la paz y, en general, se vela por la seguridad del Estado; y finalmente, el poder para «castigar los crímenes o juzgar los pleitos de los particulares»[132]. Y al referirse a la forma en la que el poder judicial debía ejercer sus funciones, Montesquieu no deja lugar a duda cuando escribe que las sentencias no deben «discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley», pues «si representasen una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone»[133]. Consecuentemente concluye que «de los tres poderes que hemos hablado, el de juzgar es en cierta medida nulo»[134]. En vista de tales circunstancias, «podría suceder que la ley, que es al mismo tiempo perspicaz y ciega, fuese en algún caso demasiado severa. Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor»[135].

Dicha percepción inanimada y mecanicista afecta a toda la función judicial, por ello es entendible que un sistema de control constitucional articulado no haya aparecido en Europa hasta bien entrado el siglo xx, justo en el ocaso del dogma del legislador racional y cuando la necesidad de preservar las reglas del juego democrático frente a las mayorías contingentes y despóticas se volvió más palpable. Y, por paradójico que resulte, del otro lado del Atlántico las cosas no eran muy diferentes. Para constatarlo basta con revisar la visión de los Padres Fundadores que redactaron la Constitución de 1787, la primera en haber desarrollado un sistema de control de regularidad a partir de una creación jurisprudencial. En ese caso, también la concepción de la magistratura es en gran parte deficitaria de la misma idealización difundida por el autor de *Del espíritu de las leyes.* Sorprende ver el paralelismo existente entre el artículo 78 de *El Federalista*, que expone las ideas de Hamilton en torno al Poder Judicial, con el pensamiento de Montesquieu citado más arriba. Un ejemplo que puede dar más claridad al respecto se encuentra cuando Hamilton escribe:

> El [poder] judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos. Esta sencilla manera de ver el problema sugiere algunas consecuencias importantes. Demuestra incontestablemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder […] Prueba igualmente que aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección […] Y prueba, finalmente, cómo la libertad no puede tener nada que temer de la administración de justicia por sí sola, pero sí tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos[136].

132 *Ibidem*.
133 *Ibidem*, p. 177.
134 *Ibidem*, p. 180.
135 *Ibidem*, p. 183.
136 Véase: Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El federalista,* trad. de Gustavo Velasco, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 331.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Si tal era opinión de los *framers* en torno a la jurisdicción, entonces ¿cómo pudo coexistir dicha idea con la revisión judicial implementada por Marshall en *Marbury vs. Madison*? Me parece que la respuesta a esta cuestión se encuentra en otra parte del mismo artículo 78 de *El federalista*, en donde se considera que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a esta última dentro de los límites constitucionales. Así, la facultad de anulación de los actos contrarios a la Constitución obedece a «una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón»[137]. En alguna medida la imagen del juez constitucional de los federalistas adelanta históricamente al legislador negativo de Kelsen, pues ambos limitan su función a la identificación del derecho inválido para preservar el principio de supremacía constitucional[138]. Pero aun así, la aceptación del control judicial no altera la posición original en torno al ejercicio de la jurisdicción, pues el juez se encuentra limitado por el rígido modelo de los precedentes. De nueva cuenta Hamilton explica que

> […] para evitar la discrecionalidad arbitraria por parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se compruebe fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable y que para conocerlos adecuadamente será necesario un estudio laborioso y dilatado[139].

En suma, aunque la lógica federalista adelanta un paso a la concepción de Montesquieu, ambas mantienen en común una imagen de la justicia —incluso la de tipo constitucional— como una función lógica de aplicación mecánica de las leyes al caso concreto, lo cual deja muy poco al arbitrio creativo del intérprete, y en sí mismo demuestra las limitantes del argumento federalista, como parece evidente en este punto.

b. Hércules en el tribunal constitucional

El modelo de jurisdicción tangencial y mecanicista descrito antes no es compatible con lo que ahora esperaríamos de la justicia constitucional. El deslizamiento continuo del legalismo al constitucionalismo explica esta transformación. El canon decimonónico que definía al derecho mediante la producción normativa omnímoda del legislador se ha sustituido progresivamente por la introducción de los tribunales constitucionales, que a partir de los mandatos de la ley fundamental han podido corregir y perfeccionar la obra legislativa. La constitucionalización del ordenamiento se ha convertido en el

137 *Ibidem*, p. 335.
138 Véase: García de Enterría, Eduardo, *op. cit*., p. 95.
139 Véase: Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *op. cit.*, p. 334.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

instrumento para superar las deficiencias del Estado legislativo previo[140], y con ello el juez ha dejado de ser —según Montesquieu— la «boca de la ley», para convertirse —según Dworkin— en algo cercano al «juez Hércules»[141].

A partir de un sistema constitucional robusto el poderío de la rama judicial aumenta. En consecuencia, se deja bajo su protección decisiones de las cuales anteriormente se encargaba el poder político, lo cual da lugar a un mayor rango de aplicación de principios y valores que suponen cierto grado de indeterminación normativa. La judicialización de temas sensibles de la vida social atrae como consecuencia un debate sobre el ejercicio de la interpretación constitucional 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 respecto 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 para la sociedad estampados en el pacto fundamental, las cortes tienen la facultad de actuar en contra del predominio del consenso en aras de una conducta racional a favor de los valores y principios que subyacen a la carta constitucional.

Frente a una magistratura con esas cualidades, el Congreso y la Administración han perdido influencia sobre la actividad de los tribunales. Las relaciones del poder judicial con el poder político se han intensificado en el contexto del Estado constitucional, en la medida en que la judicatura ha servido mejor que otros poderes para procesar las demandas de la población, así sea con carácter único y temporario[142]. En parte por esa y otras causas, se ha abandonado la percepción inanimada de la jurisdicción para ceder el paso a una tendencia de acercamiento entre los poderes que, de otra parte, es característica de la sujeción del Estado al derecho. Tal como lo advierten Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli: «Queda claro que las fronteras entre la jurisdicción, la legislación y la administración tienden a borrarse. El hecho de que el juez sea también un legislador se considera ya hoy como una obvia banalidad. Los ámbitos de discrecionalidad de que dispone y las mismas características del procedimiento de decisión le llevan de hecho a participar en la formulación de las políticas públicas»[143].

¿Tal acercamiento supone una confrontación de los jueces con el resto de los poderes? Creo que este fenómeno no indica una fisura estructural, aunque sí supone una intensificación de la objeción contramayoritaria que aqueja al control judicial desde su origen. En todo caso, la clave para disolver tal riesgo pasa por una adecuada armonización entre la competencia de los tribunales, sus facultades de autorrestricción y la capacidad de dichos órganos para justificar racionalmente sus determinaciones. En definitiva, un tribunal constitucional que intente resolver de manera adecuada las objeciones democráticas «aspirará a una representación argumentativa de los ciudadanos, por oposición a su representación política en el parlamento»[144]. Esta no es,

140 Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009, p. 34.
141 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios,* Argentina, Siglo xxi, 2012, pp. 159-190.
142 Pino, Giorgio, *op. cit.,* pp. 149 y ss.
143 Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Jueces y política,* Madrid, Taurus, 2009, pp. 15-30.
144 Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 40.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

desde luego, una ocupación menuda. Bajo ese paraguas no podrían escurrirse todas las críticas que aquejan a la *judicial review*. Por el contrario, tomarse en serio la objeción es preciso para tratar de encontrar la forma de ejercer la jurisdicción constitucional de acuerdo con alguna versión evolucionada del principio de división de poderes y de la idea democrática donde cada uno de los departamentos mantenga un espacio privativo de facultades, pero sea corresponsable junto con los demás en la consecución del proyecto previsto por los autores constituyentes y construido diariamente por todos[145].

VI. La mejor luz posible

En los orígenes del estudio científico de las garantías constitucionales, Eduardo Couture afirmó que la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces, porque cuando ellos desfallecen ya no existe más[146]. Después de este recorrido por los puntos más característicos del Estado constitucional, es sencillo advertir que la reordenación en el equilibrio de los poderes y la acentuación de la actividad judicial, son consecuencias del proceso de constitucionalización del derecho. En ese escenario, la Constitución no solo es una norma sobre producción, sino también un marco axiológico que representa la unidad dentro de la diversidad[147]. Por eso, la visibilidad del poder judicial se incrementa y con ella se intensifican las objeciones al ejercicio robusto del control constitucional. Los jueces no visten ya la toga del legislador negativo. Ahora son los guardianes supremos y últimos del orden constitucional, con un poder creativo inherente.

Esta concepción de la función judicial, como no podría ser de otra manera, reporta también sus complicaciones e inestabilidades; en principio, en cuanto parece asentarse sobre la premisa de que los jueces están en mejor posición que el legislador para desentrañar la voluntad constituyente; y, aceptar sin cortapisas esa idea, puede degenerar en el elitismo judicial y en la irracionalidad de los resultados interpretativos de la Constitución. Frente a esto, el constitucionalismo apuesta a la unidad del valor y el razonamiento moral como justificación última de las decisiones judiciales, a la responsabilidad argumentativa de los jueces y a la construcción de una nueva división de poderes en donde las cortes constitucionales tengan una mejor acogida que en sus orígenes históricos. Sin embargo, las críticas al control judicial no habrán desaparecido tan fácil. Con todo, si aceptamos los principios del Estado constitucional, no podremos

145 En otro espacio sostuve un acercamiento más detallado a esta cuestión: Rodríguez Durón, Jesús Everardo, «Mejor en los estrados de la Corte que en la tribuna del Congreso», en Guerrero Agripino, Luis Felipe y Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo (coords.), *El honor y la causa del pensamiento de Sergio García Ramírez en el sistema jurídico mexicano e interamericano*, México, Universidad de Guanajuato-UBIJUS, 2023, pp. 101-162.

146 Couture, Eduardo, «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina,* Buenos Aires, EJEA, 1946, p. 213. En el mismo tenor, no está de más recordar también las aportaciones de este procesalista uruguayo contenidas en Couture, Eduardo*, Fundamentos del derecho procesal civil,* 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 148-161.

147 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 26-27.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

cuestionar sus presupuestos —de los cuales la jurisdicción robusta es uno—. La cuestión, en todo caso, pasa por encontrar la forma para contemplarlos desde su mejor luz posible[148].

VII. Referencias

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.

Acuña, Juan Manuel, «La expansión de la jurisdicción constitucional en América Latina», en Acuña, Juan Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional,* México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2011.

Alexy, Robert, «Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 2011.

Alexy, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, volumen 66, septiembre-diciembre 2002, pp. 13-64, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf*.

Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2009.

Alexy, Robert, «Los principales elementos de mi filosofía del derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho,* vol. 32, 2009, pp. 68-72, disponible en: *https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.04*.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Madrid, cepc, 2012.

Alexy, Robert, «Una defensa de la fórmula de Radbruch», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-96, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217366&orden=311762&info=link*.

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

Álvarez Medina, Silvina, «La relevancia de la filosofía moral para el derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* núm. 25, 2009, pp. 409-426, disponible en: *https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2167*.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica,* Madrid, Trotta, 2014.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación,* 2ª ed., México, Fontamara, 2009.

Atienza, Manuel, «Justicia constitucional y escepticismo moral», *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, Tercera Época, núm. 11, junio-noviembre 2013,

148 Tomás y Valiente, Francisco, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 2000, p. 78.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

pp. 13-27, disponible en: *http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/11/art/art3.pdf*.

Atienza, Manuel, «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2008.

Atienza, Manuel, «Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, 2014, pp. 194-222, disponible en: *https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/93/61*.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, cepc, 2007.

Bernal Pulido, Carlos, «La ponderación como instrumento para interpretar los derechos fundamentales», en Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional,* México, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana/Campus Guadalajara, 2013, pp. 93-111.

Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, 4ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2010.

Bonorino, Pablo, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos iii de Madrid, Dykinson, 2003.

Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales,* trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Borowski, Martin, «Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Legisprudence*, Oxford, Hart, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 97-240.

Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas,* estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, cepc, 2015.

Cappelletti, Mauro, «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado», en *Obras*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, Porrúa, Facultad de Derecho de la unam, 2007.

Cappelletti, Mauro, «Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional», en *Obras*, trad. de Luis Aguilar de Luque, México, Porrúa, Facultad de Derecho de la unam, 2007.

Cappelletti, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, Madrid, 1986, p. 12, disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79326.pdf*.

Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México,* 5ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2004.

Carbonell, Miguel, «El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis», en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconsti-*

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

tucional, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, pp. 153-164.

Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales,* México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, CNDH, 2014.

Cárdenas, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.

Chiassoni, Pierluigi, *Introducción a la argumentación constitucional*, Lima, Palestra, 2024.

Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario,* 2ª ed., México, Fontamara, 2005.

Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 2ª ed., México, Fontamara, 2008.

Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil,* 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

Couture, Eduardo, «Las garantías constitucionales del proceso civil», en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina,* Buenos Aires, EJEA, 1946, pp. 158-173.

Díaz Revorio, Francisco, «La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional», *Quid Iuris. Publicación del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua,* año 3, vol. 6, agosto de 2008, pp. 7-38.

Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos,* trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

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

Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios,* Argentina, Siglo XXI, 2012.

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

Ferrajoli Luigi, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», trad. de Nicolás Guzmán, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2012, pp. 5-54, disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf*.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

Ferrajoli, Luigi, «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 34, 2011, pp. 311-360.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional,* 2ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2013.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional,* 4ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2006.

García Figueroa, Alfonso, «¿Hacen los jueces justicia? Sobre Principios y reglas», en Gascón, Marina (coord.), *Argumentación jurídica,* México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 191-220.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011),* 2ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Garzón Valdés, Ernesto, «Para ir terminando», en Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación,* 2ª ed., México, Fontamara, 2009, pp. 43-52.

Giner, Salvador, *Historia del pensamiento social,* Barcelona, Ariel, 1972.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Jueces y política,* Madrid, Taurus, 2009.

Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional,* 2ª ed., México, Fontamara, 2007.

Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El federalista,* trad. de Gustavo Velasco, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009.

Jiménez González, Claudia, «La ponderación y los conflictos entre derechos fundamentales», *Revista Jurídica. Órgano informativo del Poder Judicial del Estado de Nayarit*, núm. 94, año 17, octubre-diciembre de 2017, pp. 17-33.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional),* trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2001.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho,* trad. de Moisés Nilve, 2ª ed., México, Ediciones Coyoacán, 2012.

Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* trad. de Rubén Sánchez Gil, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, Defensoría de los Derechos Universitarios, Senado de la República/ LXII Legislatura, Universidad Autónoma de Yucatán, 2017.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho,* trad. de M. Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.

Lifante, Isabel, «La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista», *Anuario de Filosofía del Derecho. 2008-2009,* t. XXV, núm. 25, 2009, pp. 257-278, disponible en: *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-10025700278*.

Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes,* Madrid, Marcial Pons, 2008.

Lira, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano,* México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

Mena Vázquez, Jorge, «Derechos humanos *vs.* democracia, sobre la legitimidad y naturaleza del control jurisdiccional de la legislación», *Derechos Humanos en México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, 2006, pp. 147-165, disponible en: *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5527*.

Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica,* trad. de Eduardo Suárez, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.

Mora-Sifuentes, Francisco, «La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva», artículo inédito citado por cortesía del autor.

Nino, Carlos, *Derecho, moral y política*, 2ª ed., Buenos Aires, Siglo xxi, 2014.

Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2002.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Pino, Giorgio, *Jueces, legalidad e interpretación,* trad. de Víctor García Yzaguirre y Carla Israel Guzmán, Lima, Palestra, 2024.

Pozzolo, Susanna, «Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución», en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2010, pp. 165-184.

Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico,* trad. de Renzo Saavedra Velasco *et al.*, Lima, Palestra, 2011.

Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación,* México, UBIJUS, 2014.

Prieto Sanchís, Luis, «Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, mayo-agosto 1985, pp. 353-378.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho,* trad. de Wenceslao Roces, 11ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011.

Rodríguez Durón, Jesús Everardo, *El sentido actual del positivismo jurídico,* Tesis Doctoral, Universidad de Guanajuato, 2021.

Rodríguez Durón, Jesús Everardo, «Mejor en los estrados de la Corte que en la tribuna del Congreso», en Guerrero Agripino, Luis Felipe y Astrain Bañuelos, Leandro Eduardo, *El honor y la causa del pensamiento de Sergio García Ramírez en el sistema jurídico mexicano e interamericano*, México, Universidad de Guanajuato, UBIJUS, 2023.

Rodríguez y Rodríguez, Jesús, «Derechos humanos», en *Diccionario de derecho constitucional,* tomo I (a-c), 3ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2009.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, 2ª edición, Buenos Aires, eudeba, 1970.

Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2007.

Sieckmann, Jan R., «Los derechos fundamentales como principios», en Sieckmann, Jan R., (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,* trad. de Daniel Oliver Lalana, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 114-132.

Toller, Fernando, «La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional», en Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional,* México, Tirant lo Blanch, Universidad Panamericana/Campus Guadalajara, 2013, pp. 525-560.

Tomás y Valiente, Francisco, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 2000.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO

Valadés, Diego, *El control del poder,* 3ª ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-unam, 2006.

Vassalli, Giuliano, *Fórmula de Radbruch y derecho penal. Notas sobre la punición de los delitos de Estado en la Alemania posnazi y en la Alemania poscomunista*, trad. de Ezequiel Malarino y Pablo Eiroa, Bogotá, Temis, 2014.

Vigo, Rodolfo, «Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional», en *Judicialización y constitucionalización del derecho*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-21.

Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

Weston, Antony, *Las claves de la argumentación,* trad. de Mar Vidal, México, Ariel, 2015.

Wróblewski, Jerzy, «Justificación de las decisiones jurídicas», en *Sentido y hecho en el derecho,* trad. de Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México, Fontamara, 2008, pp. 39-54.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual International 4.0, DDPG-UGTO