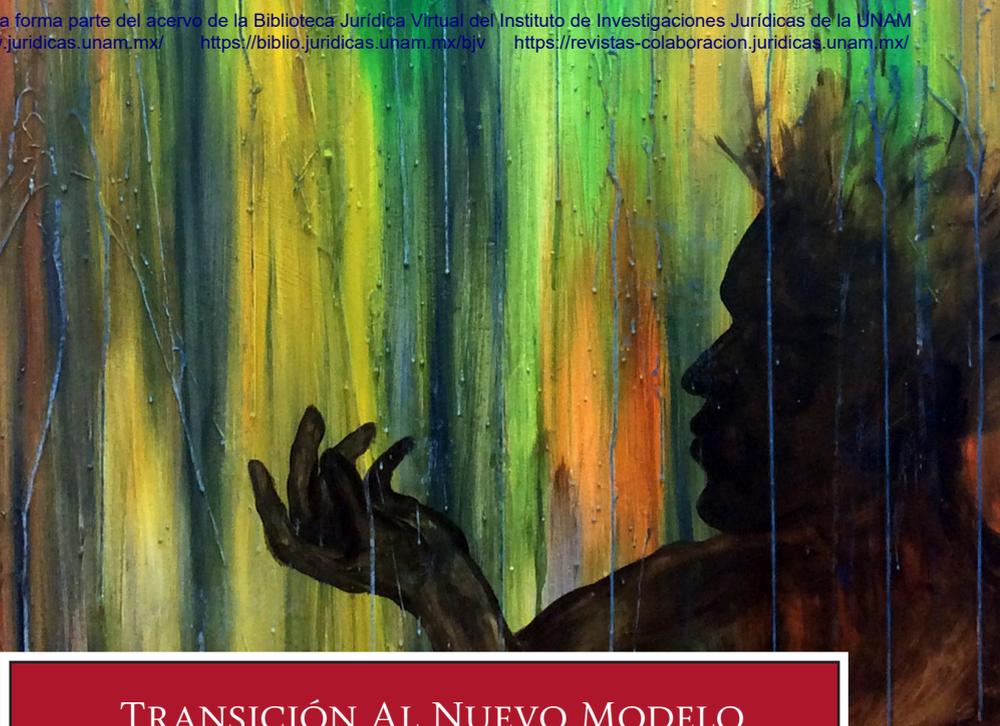


Diana Hernández  
Obra: "Inflexiones", 150 X 100 cms., Óleo sobre tela, 2017



## TRANSICIÓN AL NUEVO MODELO DE JUEZ CONSTITUCIONAL

◆◆◆◆◆ Mtro. Luis Enrique Cordero Aguilar ◆◆◆◆◆

*Abstract. I. ¿Qué es transición?, II. Los modelos de juez, III. El juez en el modelo del ius naturalismo, IV. El juez en el modelo ius positivismo, V. El juez en el modelo del ius realismo VI. El juez constitucional vs el juez de legalidad, VI. La justicia constitucional en México, VII. El juez en el modelo post positivista o en el neo constitucionalismo.*

*Magistrado integrante de la Sala de Justicia Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.*

## ABSTRACT

Con el caso Radilla Pacheco, el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la reforma al artículo 1º constitucional y la contradicción de tesis 293/2011, se introduce el Control Difuso en nuestro sistema jurídico y con ello un nuevo modelo de juez. En la ponencia expongo una idea general de transición, que en una aproximación es pasar de un estado a otro, pero ese pasar implica un proceso que tiene como objeto arribar a otro estado que trae la consecuencia de la superación del anterior. Si estamos transitando a un modelo de juez constitucional, la pregunta es ¿Qué modelo estamos abandonando? Para ello exploramos los distintos modelos, desde el bíblico Juez Salomón hasta el Juez Hércules de Ronald Dworkin, para concluir el tipo de juez que adoptamos.

### I. ¿QUÉ ES TRANSICIÓN?

El tema que nos ocupa es "*Transición al Nuevo Modelo de Juez o Jueza Constitucional*". El título plantea varias preguntas, la primera ¿Qué entendemos por transición? El concepto de transición es más utilizado en la Ciencia Política que en la del Derecho. Así por ejemplo, se habla de la transición democrática pero casi nada de la transición jurídica y menos de la transición a un modelo de juez constitucional.

Una idea general de transición es pasar de un estadio a otro, pero ese pasar implica un proceso que tiene como objeto arribar a otro estadio que trae la consecuencia de la superación del anterior. Así por ejemplo, en Política se dice sobre la transición de un régimen autoritario a uno democrático; en Economía se dice sobre la transición de una economía cerrada (socialista, estatista o mixta) a una abierta (de libre mercado); en Sociedad, tenemos sociedades conservadoras que transitan a una liberal, o una sociedad socialista o comunistas que transitan a una liberal o viceversa o a una comunitarista o republicana, etc.

Una segunda pregunta sería ¿En Derecho, se dan las transiciones? Si es así ¿De qué tipo son? Responder a estas preguntas es importante porque si hay transiciones jurídicas necesariamente estaríamos afirmando que hay transiciones en la jurisdicción y en consecuencia al modelo de juez.

Algunos sostienen que en el Derecho no se dan transiciones. Sobre todo son los *iusnaturalistas* (escolástico y racionalista) que tienen una concepción del Derecho inmutable, eterno, universal, que tienen como propósito encontrar en las instituciones jurídicas su naturaleza, la esencia, por eso para ellos es importante el estudio del Derecho Romano. Esta visión nos presenta un Derecho anquilosado.

Otros sostienen, sobre todos los positivistas, realistas y la teoría crítica, que en el Derecho si se dan transiciones; sobre todo porque conciben al Derecho como un producto social e histórico, entonces si la sociedad cambia, su economía o su régimen político, como consecuencia el Derecho cambia.

Para responder a la segunda pregunta que tiene que ver sobre el tipo de transiciones jurídicas que pueden darse, antepongo otras preguntas con dos fenómenos actuales ¿Cómo ha impactado la globalización o la democracia a nuestro sistema jurídico? Por referirnos a dos tópicos. López Ayón publicó hace una década un estudio donde nos muestra el impacto sobre nuestro sistema jurídico por la globalización.<sup>1</sup> Por su parte, José Ramón Cossío escribió lo propio con el tópico de la democracia, en *Cambio Social y Cambio Jurídico*.<sup>2</sup> El actual modelo penal adversarial y la gran reforma al juicio de amparo, sin lugar a dudas se dio con motivos por el fenómeno de la globalización y la democracia.

<sup>1</sup> Cfr. LÓPEZ Ayón, Sergio. Globalización y Transición del Estado Nacional; en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez, Estado Constitucional y Globalización, 2001, UNAM-Porrúa, México.

<sup>2</sup> Cfr. COSSÍO Díaz, José Ramón. Cambio Social y Cambio Jurídico, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001, México.

Si esto es así, podemos afirmar que hoy en día tenemos un sistema jurídico más interconectado globalmente y más democrático, en el sentido que hoy tenemos un Estado de Derecho Democrático donde se recogen los valores de una filosofía económica liberal, de libre mercado, y de una filosofía política liberal, quizás un tanto de liberalismo igualitario de Rawls.

## II. LOS MODELOS DE JUEZ

Afirmar sobre una transición de un modelo de juez constitucional implica preguntarte antes que nada ¿Qué modelo de juez o jueza constitucional estamos abandonando?

La mayoría de los que han estudiado sobre los modelos de juez, lo hacen haciendo referencia al sistema jurídico y su vinculación al sistema *ius* filosófico que adoptan, ya sea *ius* naturalismo, *ius* realismo, *ius* positivismo y *post* positivismo como lo denomina Atienza<sup>3</sup> o *neo* constitucionalismo o garantista como lo llama Ferrajoli.<sup>4</sup>

## III. EL JUEZ EN EL MODELO DEL IUS NATURALISMO

Así tenemos en el *ius* naturalismo al Juez Salomón, ese juez bíblico, sabio, con una gran legitimidad en su pueblo, ya que siempre impartía justicia con una gran sabiduría. Recordemos ese complejo conflicto que se le presentó cuando dos mujeres alegaban la maternidad de un bebé, logrando resolverlo con esa intuición, ese olfato y experiencia que sólo los años pueden dar.

También dentro de ese *ius* naturalismo tenemos en el Corán al Cadí, la Justicia del Cadí, Cadí es juez. Ese hombre enérgico, arbitrario, al cual, su pueblo le tenía miedo por despótico, por severo en sus sanciones; Ferrajoli lo contrapone cuando se refiere al juez garantista y democrático.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. Dos Versiones del Constitucionalismo, *Doxa* 34, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2011, España.

<sup>4</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como Sistema de Garantías; en Adrián Rentería Díaz (Compilador), *Filosofía Analítica y Filosofía del Derecho en Italia*, Cajica, 1998, México.

<sup>5</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Garantismo Penal, UNAM, 2006, México.

Norberto Bobbio cuando estudia la transición en Europa del *ius* naturalismo al *ius* positivismo, dice que se abandonó al juez sabio donde se aquilataba su experiencia, su legitimidad frente a la comunidad, para convertirse en un juez burócrata, en un funcionario, en un servidor del Estado no de la sociedad. Bobbio dice que ese juez era sabio porque era viejo, lleno de experiencias; que ahora en la modernidad un juez viejo lo jubilan, porque ser viejo ya no es sinónimo de sabiduría, ahora el conocimiento fluye con mucha rapidez, es líquido en términos de Bauman, que por eso un juez se desactualiza en forma constante. Antes un viejo era coronado en los lugares prestigiosos de la sociedad, por ejemplo formaban el consejo de ancianos, ahora los mandan al asilo.<sup>6</sup>

Así, el juez en el proceso de formación del Estado moderno perdió la posición de fuente principal del derecho, puesto que muchas de las controversias que resolvía lo hacía a través de juicios de equidad, es decir, juicios en los que no aplican normas jurídicas positivas preexistentes sino que decidía en conciencia, según su propio sentimiento de justicia, o bien, aplicando normas del derecho natural. Con el fenómeno de la codificación y el asentamiento del Estado moderno, se acabaron los juicios de equidad salvo que estuvieran autorizados expresamente por la ley.<sup>7</sup>

## VI. EL JUEZ EN EL MODELO IUS POSITIVISMO

En 1993 la prestigiosa revista de filosofía del derecho *Doxa* publicó un ensayo de François Ost denominado *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*; el artículo es como una respuesta al modelo del Juez Hércules de Dworkin. Los tres nombres de los modelos los retoma de la paidea griega. Del Juez Hércules ya nos hemos ocupado como modelo del *ius* realismo, propio de los sistemas *common law*.

<sup>6</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto. *El Positivismo Jurídico*, Debate, 1993, España.

<sup>7</sup> Cfr. *Ídem*.

Ahora ocupémonos de Júpiter, como el modelo del juez del *ius* positivismo. ¿Qué positivismo? Me refiero al positivismo jurídico normativista, aquel que identifica justicia con ley, aquel que concibió todo el agotamiento del Derecho en la norma escrita, ese modelo clásico, decimonónico, exegético, que continúa siendo enseñado en las aulas universitarias y que mantiene las representaciones canónicas de los profesionistas de Derecho, porque para aprender Derecho basta con leer el código, la ley, no importa más, no importa el contexto social, político, cultural donde se va aplicar, como en el *ius* realismo e incluso *ius* naturalismo, porque el mundo del juez es el mundo del expediente, se dice e incluso se presume; ese modelo conserva alguna forma de aplicación práctica, porque al final del camino de la justicia, la ley es la ley; es el modelo de Derecho codificado que reduce a la simplicidad de la obra única, que se articula en forma lógica, vertical, jerárquica y piramidal. El movimiento que anima esta construcción es siempre lineal y unidireccional: si se trata de apreciar el fundamento de validez de las normas, se ascenderá de la norma inferior, a la norma superior para llegar a la norma fundamental que habilita a la autoridad a crear derecho válido; si se trata en cambio, de prever la creación de una nueva norma jurídica, se tomará el camino inverso de los escalones de la jerarquía normativa.<sup>8</sup> Se nos dijo que era una construcción lógica, coherente y plena, donde todas las respuestas estaban ahí, donde el juez única y exclusivamente sería un aplicador de la ley, del derecho, donde no tenía por qué interpretarlo ya que no era su facultad, porque sería en adelante la boca de la ley<sup>9</sup>, porque las soluciones a las demandas de justicia se obtenían de forma mecánica, lógica, bajo una simple y ordinaria operación de silogismo, de subsunción, donde únicamente tenía que identificarse la premisa mayor y la premisa menor para llegar a la conclusión, a la demanda de justicia.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Cfr. *Ídem*.

<sup>9</sup> Cfr. MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes, Porrúa, 1997, México.

<sup>10</sup> Cfr. BECCARIA, Cesar. Tratado de los Delitos y de las Penas, Heliasta, 1993, Brasil.

Hasta aquí, nos hemos referido a los modelos de juez de las tres grandes corrientes filosóficas que imperan, dejemos para más adelante el *post* positivismo, *neo* constitucionalista o garantista, y regresemos a nuestro título.

## V. EL JUEZ EN EL MODELO DEL IUS REALISMO

En el modelo *ius* realista tenemos a varios jueces. Por ejemplo, tenemos al Juez Edwar Coke quien en pleno renacimiento se enfrentó con gran valentía al rey Jacobo I de Inglaterra resolviendo el caso del médico Bonham; aquí existe un conflicto entre la ley y el precedente judicial, el rey y su asesor Tomas Hobbes apelan a la superioridad de la ley, en tanto el juez Coke sostiene que la ley tiene límites y uno de ellos es que no puede vulnerar derechos humanos. El Juez Marshall se enfrenta ante la misma controversia en el caso de Marbury vs Madison de 1803.<sup>11</sup>

En ese mismo modelo *ius* realista Dworkin propone al Juez Hércules, como un modelo de juez omnisciente que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas.<sup>12</sup> Aquí no hay más derecho que el jurisprudencial, es la decisión y no la ley la que crea autoridad; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley. El Derecho no es tanto un deber ser, un conjunto de reglas sino un fenómeno fáctico complejo formado por los comportamientos de las autoridades judiciales. Así el Derecho se reduce al hecho, a la indiscutible materialidad de la decisión.<sup>13</sup> Bajo este modelo del Juez Hércules, existe un vínculo muy fuerte con su comunidad donde se desenvuelve, puesto que tiene que desentrañar ese derecho comunitario y los valores morales que este contiene, para que con ello alcance esa legitimidad dentro de su comunidad.

<sup>11</sup> Cfr. GONZÁLEZ Oropeza, Manuel. Los Orígenes del Control Jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos, CNDH, 2003, México.

<sup>12</sup> Cfr. CALSAMIGLIA. Ensayo sobre Dworkin, Prólogo a los Derechos en Serio, de Ronald Dworkin (1993), Planeta-Agostini, 1984, España.

<sup>13</sup> Cfr. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez, *Doxa 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1993, España.

## VI. EL JUEZ CONSTITUCIONAL VS EL JUEZ DE LEGALIDAD

Lo contrario de juez o jueza constitucional es el juez de legalidad. Constitucionalidad y legalidad remiten a constitución y a ley. Será ésta transición a lo que se refiere el título. Creo que no.

En 1977 aparece la obra de los *Derechos en Serio* de Ronald Dworkin, quien es un impecable y puntilloso crítico de los positivistas, pretende construir una teoría general del Derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, según Calsamiglia.<sup>14</sup> Dice Dworkin que el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas, es normativista, y excluye a los principios y directrices que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa<sup>15</sup>.

*Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (fairness). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio, su peso específico, es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada [...] la literalidad de las normas jurídicas concretas puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante.<sup>16</sup>*

Con estas ideas de Dworkin quiero apuntar que transitar a un juez o jueza constitucional es transitar a una nueva concepción del Derecho, del sistema jurídico, es cambiar de lentes ¿Cómo leíamos y comprendíamos la Constitución y cómo lo hacemos ahora? Antes

<sup>14</sup> Cfr. CALSAMIGLIA. *Op. cit.*

<sup>15</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Planeta-Agostini, 1993, España.

<sup>16</sup> CALSAMIGLIA. *Op. cit.* página 9.

teníamos una concepción normativista de la Constitución, se decía que era la norma de las normas, la concebíamos como un conjunto de reglas supremas, la interpretábamos a la letra, taquigráficamente, o a su espíritu, fundamentalmente. Ahora decimos que una Constitución contiene reglas y principios, directrices, valores. Este cambio de concepción representa un giro de 360 grados de la comprensión del Derecho que teníamos, porque no es la misma epistemología y racionalidad de las reglas, que de los principios, sus métodos de interpretación son distintos.

Manuel Atienza apuntó hace una década, abandonemos el positivismo, dejémoslo atrás:

*[...] porque es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional...”, globalizado y democrático, “...pese a la importante contribución que hiciera en el paso para renovar las áreas de la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica. Ello, debido a la pretensión del positivismo jurídico de dar a la teoría del derecho un carácter meramente descriptivo, lo que implica la exclusión de la dimensión valorativa de las normas jurídicas, además de su incapacidad para dar cuenta de otros aspectos relevantes del razonamiento jurídico.” Por ello, “...el positivismo jurídico ha agotado ya su ciclo histórico, al no reconocer al derecho como una práctica social compleja.<sup>17</sup>*

A la misma conclusión llega el filósofo español Gregorio Robles, cuando en 1989 publica “*Las Limitaciones de la Teoría Pura del Derecho*”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel. Dejemos atrás el Positivismo Jurídico, *Isonomía* 27, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2007, México, página 7.

<sup>18</sup> ROBLES, Gregorio. *Las Limitaciones de la Teoría Pura del Derecho*, Coyoacán, 2013, México.

Esta crisis del positivismo se hizo presente concluida la segunda guerra mundial. Desde entonces, en Europa principalmente, la justicia y los jueces dan un nuevo giro, los derechos humanos tienen un nuevo repunte argumentativo, hay una novedosa concepción axiológica de la Constitución y del sistema jurídico en general en los tribunales, la filosofía y la teoría del derecho ve esto como la resucitación del *iusnaturalismo*, incluso hay un rico debate entre éstos y *iuspositivistas*.

En 1958, 1961 y 1962 aparecen una serie de ensayos sobre el formalismo jurídico, el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo*, que después se recogen en un libro que lleva por nombre “*El Problema del Positivismo Jurídico*”, de Norberto Bobbio, mediante el cual plantea la rebelión contra el formalismo, la crítica a los métodos tradicionales de interpretación y aborda los tres aspectos del positivismo jurídico: 1.- Como un método de acercarse al estudio del derecho; 2.- Como una teoría o concepción del derecho; y, 3.- Como una determinada ideología de la justicia, expone su concepción de un positivismo ético, en franca crítica a la Teoría Pura del Derecho.<sup>19</sup>

Hace también sus aportes a una nueva concepción del Derecho, la Filosofía Analítica, que viene desde el siglo XIX con Austin y Bentham, que pone sobre la mesa de discusión el análisis del lenguaje jurídico y las indeterminaciones del lenguaje, sus problemas endémicos.

A partir de aquí la Constitución ya no es vista sólo como un conjunto de reglas sino también como un conjunto de principios y valores, además como un conjunto de enunciados jurídicos.

La obra de Ronald Dworkin relanza el debate y llega a América Latina.<sup>20</sup> Con esto quiero decir, que en Europa, Norteamérica y América Latina ya hay una nueva concepción del Derecho, de la Constitución, del sistema jurídico en general; por su puesto de la justicia constitucional y en consecuencia de las y los jueces.

<sup>19</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 1992, México.

<sup>20</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*

## VII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

En México la historia de la justicia constitucional inicia con el juicio de amparo, con su regulación desde mediados del siglo XIX, colocándose como la vía privilegiada del acceso de la justicia constitucional. Esta situación cambia con la reforma constitucional de 1994 y la reestructuración de las controversias constitucionales y la introducción de las acciones de inconstitucionalidad. Con ello, nos acercamos al modelo concentrado pero sin abandonar el modelo *semi* difuso, más bien a un modelo híbrido, muy a la mexicana.

Ahora bien, con la reforma a nuestro sistema de justicia constitucional de 1994-1995 y la nueva integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sin lugar a dudas es un referente ya que se empieza a abandonar una concepción formal de la Constitución, empezando a dar una lectura más democrática de la Constitución, a alejarnos de esa comprensión normativista, mecanográfica de la norma fundamental, de que los métodos de interpretación que señala el artículo 14 constitucional ya no son suficientes para dar respuestas a los problemas planteados ante nuestro máximo tribunal del país.

José Ramón Cossío apunta que a partir de la acción de inconstitucionalidad 6/1998 en contra del artículo 229 del Código Electoral de Quintana Roo, donde un partido político (Partido de la Revolución Democrática –PRD-) planteó la inconstitucionalidad de dicho precepto, toda vez que desconocía el principio de representación de proporcionalidad e introduce el principio de premio de la mayoría o la cláusula de gobernabilidad.<sup>21</sup> Es en esta sentencia donde la SCJN hace un reconocimiento de valores esenciales en la Constitución, como lo es el pluralismo político y el derivado de este el principio de representación proporcional. Es a partir de aquí donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación se aleja de sus métodos tradicionales de interpretación, tales como la

<sup>21</sup> COSSÍO Díaz, José Ramón. El Reconocimiento de Valores por la Suprema Corte, Este País, 1999, México.

literalidad, el silogismo o la búsqueda de la voluntad de legislador, sustituyéndolo con los métodos interpretativos funcionales y el de ponderación.

De la misma forma sucede en materia de la justicia constitucional electoral, es aquí donde se emprenden los nuevos métodos de interpretación como el sistemático y funcional, sobre todo este último; por supuesto también tiene que ver con la formación de los integrantes de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tenemos un tribunal garantista y jueces garantes de la Constitución y de los derechos humanos, es decir, velan por el establecimiento de un Estado democrático de derecho.

Con la aplicación de estos nuevos métodos de interpretación, los tribunales electorales se adelantan y se acercan a los métodos de interpretación introducidos en el año de 2011, con la reforma constitucional al artículo 1º. Hay mucho que aprender de la justicia electoral.

Así las cosas, finales de los noventa México reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 2006, esta Corte posesiona el control difuso de convencionalidad, al resolver el caso *Almonacid Arellano vs Chile* y a partir de este precedente lo ha desarrollado en otros, como en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, pero es el caso de *Radilla Pacheco vs México* donde tuvo un impacto contundente e irreversible, porque para dar cumplimiento a la sentencia la SCJN forma el famoso expediente varios 912/2010 y después la contradicción de tesis 293/2011, mediante el cual se introduce el control difuso de convencionalidad y de constitucionalidad.

A mediados del año de 2011 se produjo una importante reforma constitucional sobre derechos humanos, concretamente sobre el artículo 1º, mediante el cual se nos ha dicho que con ello se ha introducido un nuevo paradigma. Si esto es así, cabe preguntar ¿Qué paradigma estamos abandonando? ¿Cuál es el nuevo paradigma? La

respuesta a la primera pregunta es sin lugar a dudas el paradigma del positivismo jurídico y con ello al juez normativista, a Júpiter, en la clasificación de Ost.

Con la reforma al artículo 1º constitucional se abandona ese positivismo arcaico y vetusto, y con ello hay un cambio de paradigma; algunos lo identifican con el *iusnaturalismo*, ese mismo que fue desplazado, negado precisamente por el positivismo, ahora en crisis, que en su momento histórico representó un nuevo paradigma progresivo. Pero no es una posición *iusnaturalista* la que recoge el artículo 1º, porque hoy en día no todo lo que se apela a principios o valores morales es necesariamente *iusnaturalista*. Lo anterior no significa que todo el legado del positivismo deba ser desechado. El nuevo paradigma que se introduce es precisamente la del *neo* constitucionalismo, o *post* positivista como lo prefiere llamar Atienza, o bien garantista como lo denomina Ferrajoli. Porque los sistemas jurídicos no únicamente están compuestos por reglas sino también por principios, con este nuevo paradigma se deja atrás la tesis de la separación absoluta entre la moral y el Derecho, y se introduce la tesis de la conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

## VIII. EL JUEZ EN EL MODELO POST POSITIVISTA O EN EL NEO CONSTITUCIONALISMO

Formalmente hemos dejado al Juez Júpiter, positivista, normativista, a ese juez que concebía a la Constitución como un conjunto de reglas, y hemos transitado al Juez Hermes, a ese juez constitucional o *neo* constitucional, garantista o *post* positivista, aquel que concibe a la Constitución como un conjunto de reglas y principios, valores, pero también como un conjunto de enunciados jurídicos. Digo formalmente, porque fácticamente estamos en ese camino, en ese proceso, leemos sus sentencias, tesis, jurisprudencia, y, desde mi muy particular punto de vista, encuentro pasos hacia delante y hacia atrás con una concepción formal de la Constitución y por supuesto de la justicia constitucional; una cierta tensión entre los tribunales federales y los locales, entre la misma Suprema Corte

de Justicia de la Nación (el expediente varios 912/2010 y después la contradicción de tesis 293/2011, es un buen ejemplo de ello), entre el Poder Judicial en general y el Poder Legislativo.

Hoy en día las sociedades son más complejas, demandan más libertades, matrimonio igualitario, paridad, el consumo lúdico y personal de marihuana, el respeto al interés superior del niño y de la niña, los pueblos indígenas exigen ser consultados, que se respete su libre determinación y autonomía, en suma, hay un reconocimiento y práctica de un pluralismo político, social, jurídico y cultural. Se ha dejado atrás esa visión homogénea de la sociedad, de la política y del derecho.

En efecto, las primeras constituciones que se dieron en los diferentes países del mundo, recogieron principios políticos y jurídicos homogéneos propios de la burguesía liberal, que le daba unidad ideológica a todo el ordenamiento jurídico de una sociedad heterogénea; sin embargo, hoy en día ante el reconocimiento mayoritario de una sociedad totalmente heterogénea, las constituciones han recogido una pluralidad de principios que reflejan la composición de las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que existen en una sociedad, pero sin que ningún principio tenga una fuerza suficiente para excluir o dominar a los demás, sino de lo que se trata es la convivencia “dúctil”, como dice Gustavo Zagrebelsky,<sup>22</sup> es decir, que el pluralismo permita la convivencia sin choques destructivos, o bien, como atinadamente señala Luis Prieto Sanchís: “No cabe hablar en tales condiciones de un orden o sistema de valores, cerrado y jerarquizado, sino más bien de un pluralismo o desorden de principios que entran en juego simultáneamente y que, en la medida en que se hallan presentes en los discursos de aplicación – y no sólo en los juicios de validez abstracta – han de ser irremediabilmente ponderados por el juez.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, Trotta, 1995, España.

<sup>23</sup> PRIETO Sanchís, Luis. *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, *Doxa* 23, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, España, página 176.

Con la reforma constitucional al artículo 1º no únicamente se potencializan los derechos humanos sino se otorga al juez o jueza un arma poderosa para valorar críticamente al poder, a la ley y los actos de autoridad y determinar su validez, liberándose con ello de la sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuera su contenido por estar ligado a la mera existencia formal a la ley, sino ahora corresponde elegir los significados válidos, o sea, compatibles con los valores y principios propios de un estado de derecho democrático establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. El nuevo paradigma recupera al juez para la sociedad, para la justicia y así recuperar su legitimidad, porque de lo que se trata ahora es que sea un auténtico garante del derecho.

Como bien apunta Ferrajoli “[...] el deber del juez es cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca una sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.”<sup>24</sup>

El caso *Radilla Pacheco vs México*, el expediente varios, la contradicción de tesis 293/2011 y la reforma constitucional de 2011, propició la introducción del control difuso o desconcentrado de convencionalidad y constitucionalidad, sintéticamente consiste en que todo juez puede pronunciarse sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una ley o acto de autoridad, y si fuera una ley que contravenga a la constitución o los tratados internacionales sobre derechos humanos, su sentencia tendría efectos relativos, inter-partes, sólo se desaplicará la norma inconstitucional al caso y sujeto concreto.

Con el control difuso se acerca la justicia constitucional y de convencionalidad a la sociedad, serán las y los jueces naturales, de primera instancia, los que pongan la primera piedra sobre la constitucionalidad o convencionalidad del acto de autoridad, serán

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. El Derecho como Sistema de Garantías. Op. cit. página 94.

estos jueces los que emprendan un dialogo directo, porque son los más cercanos a la sociedad, a las comunidades, para la construcción de una justicia constitucional, que refleje nuestros valores y principios, porque la justicia constitucional como la democracia se construye desde abajo, jamás desde otro peldaño.

Para concluir, dice Robert Alexis, que la justicia constitucional sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia, y la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquel también es una forma de representación del pueblo y esto sólo es posible mediante el concepto de representación argumentativa. Un modelo democrático adecuado no sólo debe incluir decisión sino también argumentación, razón por la cual la relación entre el pueblo y el parlamento no debe determinarse únicamente por votos, sino también por argumentos, en cambio, la representación del pueblo en la justicia constitucional es puramente argumentativa.<sup>25</sup>

En ese sentido, existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: La existencia de argumentos correctos y razonables y la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos o razonables.

Por tanto, hemos abandonado al modelo de justicia positivista, normativista, propio del Juez Júpiter, y formalmente hemos acogido el modelo de justicia *neo* constitucionalista, *post* positivista o garantista. Fácticamente estamos en esa transición. Este modelo permite identificar a la o el juez con su sociedad, comunidad, sensible a sus demandas de justicia, lo que le permitiría lograr una legitimidad, para que en cuestiones de crisis, de autoritarismos, como se dijo, aún hay un Juez en Berlín.

.....  
<sup>25</sup> Cfr. ALEXIS, Robert. Jueces y Ponderación Argumentativa, UNAM, 2006, México, páginas 12-14.