

ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO: LEGISLADOR PRECARIO O JUEZ EMPODERADO

Francisco Alfonso Ríos Gamiño 
Universidad de Valencia, Valencia, España 

José Luis Lea Espinoza 
Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, México 

Contextualización: Se utiliza parte del argumento contramayoritario para justificar la actuación de nuestros Tribunales Constitucionales. Esto cambia, la ubicación tradicional del poder judicial. Dado que las sentencia de los jueces, sobre todo las de sede constitucional, se convierten en elementos importantes de la discusión pública. Ello implica que nuestros jueces ya no son integrantes de esa rama del poder público despreciado o menos valorado para convertirse en protagonista de la discusión pública.

Objetivo: Este trabajo desde el análisis de casos plantea cómo interactúan la nueva concepción de la norma constitucional y el juicio de amparo. Para lograr lo anterior, se realizará un análisis que permita fijar algunos de los apuntes descriptivos de neoconstitucionalismo.

Metodología: Se utiliza el método deductivo para ubicar la piedra de toque del sistema de la garantía jurisdiccional o el cómo ha tenido que modificarse está por razón del nuevo entendimiento de las normas supremas; así se da paso al método descriptivo con base en la compilación y sistematización de sentencias que han dado un golpe de timón a la dogmática de los principios rectores del juicio de amparo, y con ello aplicar también la sistematización jurisprudencial.

Resultados: En síntesis, en la objeción democrática se aduce la paradoja del juez constitucional, que en el fondo es la paradoja del juez en una sociedad democrática. Pero deriva de la necesidad de control jurisdiccional de las leyes ordinarias y el respeto a los derechos humanos, cuyo autor es el legislador (u otro órgano distinto al poder constituyente), dado que se presume expresan la voluntad del pueblo o al menos de la mayoría.

Palavras-chave: Legislador; Juez; Tribunales Constitucionales; Contramayoritario.

CONTRAMAYORITARIAN DIFFICULTY: PRECARIOUS LEGISLATOR OR EMPOWERED JUDGE

Contextualization: Part of the countermajoritarian argument is used to justify the actions of our Constitutional Courts. This changes the traditional location of the judiciary. Since the rulings of judges, especially those of constitutional jurisdiction, become crucial elements of public discussion. This implies that our judges are no longer members of that branch of public power that is despised or less valued to become protagonists of public discussion.

Objective: This work, from the analysis of cases, proposes how the new conception of the constitutional norm and the amparo trial interact. To achieve the above, an analysis will be conducted to establish some of the descriptive notes of neoconstitutionalism.

Methodology: The deductive method is used to locate the touchstone of the jurisdictional guarantee system or how it has had to be modified due to the new understanding of the supreme norms; This gives way to the descriptive method based on the compilation and systematization of sentences that have given a change of direction to the dogmatics of the guiding principles of the amparo trial, and with it also apply the jurisprudential systematization.

Results: In summary, in the democratic objection the paradox of the constitutional judge is alleged, which is the paradox of the judge in a democratic society. But it derives from the need for jurisdictional control of ordinary laws and respect for human rights, whose author is the legislator (or another body other than the constituent power) since legislators are presumed to express the will of the people or at least the majority.

Keywords: Legislator; Judge; Supreme Court; Contramayoritarian.

ARGUMENTO CONTRAMAJORITÁRIO: LEGISLADOR PRECÁRIO OU JUIZ CAPACITADO

Contextualização: Parte do argumento contramajoritário é utilizado para justificar as ações dos Tribunais Constitucionais. Isto muda a localização tradicional do Judiciário. Visto que as decisões dos juízes, especialmente os de jurisdição constitucional, tornam-se importantes elementos de discussão pública. Isto implica que os juízes deixem de ser membros daquele ramo do poder público desprezado, ou menos valorizado, para se tornarem protagonistas da discussão pública.

Objetivo: Este trabalho a partir da análise de casos propõe como interagem a nova concepção da norma constitucional e o julgamento de amparo. Para tanto, será realizada uma análise para estabelecer algumas das notas descritivas do neoconstitutionalismo.

Metodologia: Utiliza-se o método dedutivo para localizar a pedra de toque do sistema de garantia jurisdicional ou como ele teve que ser modificado em função da nova compreensão das normas supremas; Isto dá lugar ao método descritivo baseado na compilação e sistematização de sentenças que deram uma mudança de rumo à dogmática dos princípios norteadores do julgamento de amparo, e com ele também se aplica a sistematização jurisprudencial.

Resultados: Em síntese, na objeção democrática alega-se o paradoxo do juiz constitucional, que em essência é o paradoxo do juiz em uma sociedade democrática. Mas decorre da necessidade de controlo jurisdicional das leis ordinárias e de respeito pelos direitos humanos, cujo autor é o legislador (ou outro órgão que não o poder constituinte), uma vez que se presume que expressam a vontade do povo ou, pelo menos, da maioria.

Palavras-chave: Legislator; Juiz; Corte Constitucional; Contramayoritário.

INTRODUCCIÓN

El concepto de división del poder público, expresado comúnmente como división de poderes, consistente en la separación de tareas entorno al gobierno. Así la ejecución, elaboración y el aseguramiento del cumplimiento de la ley se asigna de forma separada a órganos distintos. A ellos denominamos, en lo general, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Como novedad surgen en algunas constituciones órganos constitucionalmente autónomos. Sin embargo, queremos dotar a nuestro punto de partida de cierto tufo decimonónico. Pues, parte del análisis que se propone es sobre la labor de los jueces constitucionales. Ello al desplegar el llamado de atención o no al constatar el incumplimiento de obligaciones constitucionales, la concreción de su contenido.

Esto es no sólo declarar la inconstitucionalidad de normas para reparar y dar regularidad al orden jurídico, sino también abordar el alcance de derechos fundamentales, la implementación de derechos humanos y convencionales. En consecuencia, ya sea la justiciabilidad directa de derechos sociales o la implementación de políticas públicas a cargo de distintas autoridades. Todo ello sin que se aprecie como un exceso de los juez de la sede constitucional.

Otro concepto básico que es ley como una disposición de carácter general, abstracta, imperativa y permanente. Que deberá ser dictada por el poder público constitucionalmente facultado para legislar. Misma que tiene implícita la libre conformación de los poderes públicos, siempre que atienda a las bases e instrucciones constitucionales. Entre otros principios marcados encontramos la división de poderes señalada previamente.

Lo anterior nos permite hacer un primer contraste. Mismo que se lleva a cabo entre el principio de mayoría frente a los derechos fundamentales y la modulación a la actuación de distintos poderes distintos por el filtro o baremo de los Tribunales Constitucionales. Ello nos conduce necesariamente al entendimiento de la actual división de poderes y en nuestros Estados constitucionales. Implica también evaluar el papel del tribunal constitucional federal mexicano para entender no sólo su legitimidad al declarar nulos actos legislativos. Sino también al crear criterios jurisprudenciales que tengan un impacto en derechos sociales y su justiciabilidad directa o indirecta vía implementación de políticas públicas. Ello al margen de restricciones presupuestales o cálculos actuariales, que implican una restricción o choque con la realidad. Esto último desborda el presente estudio, pero es una advertencia obligada.

Ahora de regreso al argumento contramayoritario este se vincula a los fines de la jurisdicción constitucional. De manera general trata sobre el control de actos estatales (excepto los Horizontalwirkung y Derecho Internacional ajeno a los DDHH). Ese control se manifiesta en tres fines básicos que son depurar el orden de normas inconstitucionales y purificar la ley,

garantizar derechos fundamentales y definir competencia del sistema federal¹. En particular, se expresa ese tipo de argumento contramayoritario al cuestionar actos de entidades emisoras de normas generales. A lo que agregamos que la justiciabilidad de derechos sociales y económicos al impactar al presupuesto tiene un impacto en la decisión soberana sobre temas presupuestarios.

Lo que exponemos tiene relevancia incluso en el peor escenario. Este se presenta cuando el juez constitucional omite señalar efectos concretos para subsanar las faltas a la igualdad, equidad o a los derechos sociales. Ello al permitir que los poderes públicos subsanen esos derechos fundamentales en la medida de sus posibilidades. Pues, existe opiniones en el sentido de que el Poder Judicial carece de recursos, así como de capacidad técnica y operativa para diseñar políticas públicas. También se cuestiona la afectación a partidas presupuestarias derivadas del cumplimiento de sentencias.

En sentido contrario y para quienes sostienen que el juez constitucional debe precisar efectos concretos para subsanar la falta de igualdad, equidad o afectación a los derechos sociales. Su postura es incuestionable dado que se funda en la Constitución y la Ley de Amparo. Pues, el juez constitucional es llamado a resolver las contradicciones entre las normas generales y dar contenido material a la Constitución y los derechos humanos.

Es necesario, recordar que el juicio de amparo tiene como finalidad principal restituir o reparar la esfera jurídica fundamental de derechos a toda persona y así lo pida. Con la finalidad de dar regularidad al sistema jurídico y controlar el ejercicio del poder. Ahora, entre otros, mediante juicios constitucionales se puede verificar la constitucionalidad de normas generales y materializar derechos sociales y económicos.

Esto resulta problemático frente a concepciones políticas y jurídicas clásicas como la división de poderes (y otras), puesto que algunos advierten que nuestros jueces invaden el coto de los legisladores, siempre cuestionados por su aparente falta de legitimidad en las ocasiones que apuntamos y estimar que se supera el mito del legislador negativo.

Así en líneas generales resulta contradictorio, para la formación básica y general, que exista un tribunal que pueda juzgar actos del parlamento. Ahora, en el caso mexicano que el Poder Judicial de la Federación ejerza el control constitucional de la ley, para verificar si cumple con sus requisitos para tener plena vigencia y así que el propio juez asuma las veces de legislador negativo y, en ciertos casos, positivo, con activismo creativo, en los que la labor de estas tareas adquiere gran relevancia social². Éstos, a la par del auge y el incremento de la

¹ ACOSTA-Sánchez, José. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

² CARBONELL, Miguel. **¿Qué es el neoconstitucionalismo?** Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2017, p. 4

tarea justificativa de los órganos públicos y, consecuentemente, una especial atención en la argumentación, tal como señala Atienza³⁴, situación que además da una posición más relevante a los actores y jueces de sede constitucional.

Así, la preferencia de los jueces frente a los legisladores no se justificó únicamente cuando se debaten en juicio derechos procesales asociados a la parte de la participación política, sino también cuando están en juego derechos sustantivos en los textos fundamentales. Los tribunales de justicia y las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, pero existe razones que apunta a que en materia de la interpretación de derechos fundamentales los tribunales tienen una ventaja comparativa.

El poder judicial está llamado a integrar la agenda política, al obligar a las autoridades legislativas a que aborden y den solución a los problemas planteados inherentes a los derechos sociales y económicos. Éstos, en principio, el juez constitucional ha tenido que resolver, quizá con una posición institucional y legal cuestionada, pero sólo en apariencia, superada por la necesidad y legitimidad de la defensa del orden jurídico con la finalidad de proteger a las personas⁵.

Ahora, en ese contexto, se puede dar el activismo judicial, de los que destaco dos formas. Uno en que se integra un diálogo (aunque obligado) con los poderes legislativo y ejecutivo a través de la Declaración General de Inconstitucionalidad. Un segundo formato, en que dispone en sus sentencias de soluciones, sin dialogo institucional, mediante sentencias integradoras o aditivas. Pero en ambas aparece ese juez constitucional de forma precaria en funciones de órgano creador de normas (legislativo o ejecutivo).

Bajo esas condiciones resulta necesario conciliar con las posturas clásicas y legalistas sobre el papel del juez constitucional. Pues este dispone de medios para dar regularidad al orden jurídico al cribarlo o eliminar la impurezas. Entre tales medios, se destacan el poder creador de dos fuentes del derecho, esto es mediante sentencias *erga omnes*, para acciones y controversias constitucionales y en la declaración general de inconstitucionalidad, y la jurisprudencia. Por ello estimo que la tensión de los principios antes anunciados arroja resultados positivos o en un extremo es inexistente. Además, en el campo constitucional sin bien es importante la legalidad, también es relevante la legitimidad

³ ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 17.

⁴ ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 20-21.

⁵ PACELLE, Richard. **The Role of the Supreme Court in American Politics**. Boulder: Westview, 2002.

1. CONTEXTO DE FORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A lo expuesto sumamos un ingrediente consistente en el activismo judicial. Este resulta ser de mayor grado y peligroso en algunos casos. Pues algunos jueces constitucionales sin importar estudios técnicos y operativos decretan acciones encaminadas a la protección de derechos ciudadanos por sentencias estimatorias a su favor.

Sin embargo, lo anterior puede llegar a ser un mal menor. Pues los poderes públicos podrían construir un esquema simulado y convertir un régimen democrático en una tiranía con base en principios democráticos formales y aparentes. Al integrarse relaciones y vínculos entre ciudadanos y poderes públicos, mediante un esquema instrumental sin atender cuestiones sustantivas y con cumplimientos aparentes⁶.

A estas alturas como podemos responder a las preguntas siguientes: ¿Es válido que el Poder Judicial Federal en México modifique la voluntad de las mayorías representativas creadoras de normas generales mediante el control de constitucionalidad? ¿Es posible y legítimo que un juez constitucional ordene la satisfacción directa de derechos económicos, sociales y culturales?

De tener esas ventajas la sede judicial, es aceptable establecer un sistema de control de la constitucionalidad de la ley a través de los tribunales, ello a pesar del costo democrático que esta institución entraña. El reto práctico, entonces, es perfilar un sistema de justicia constitucional que mejor se adapte a las condiciones políticas, sociales y culturales de cada país para maximizar los beneficios y reducir los efectos negativos. Ahora ello ha implicado superar la posición del legislador negativo y otorgar cierta bipolaridad a la sede de justicia constitucional.

Para poder explicar lo anterior debemos acudir al desarrollo histórico de la justicia constitucional en los Estados Unidos de América y el formato europeo en el modelo kelseniano del tribunal constitucional austriaco del 1920, ambos asociados a la evolución del amparo mexicano y los demás procesos constitucionales, son antecedentes importantes pues de ellos derivan nuestros actuales controles de normas generales y de control constitucional. Pero también a nuestro contexto, para permitir explicar nuestra hibridación en la justicia constitucional.

El diseño institucional o, mejor expresado, la reforma que consolida al Poder Judicial Federal como Tribunal constitucional, tiene su semilla en el análisis y crítica académica y la opinión de jurisconsultos nacionales. Pero tiene un ambiente propicio como proyecto concreto en la propuesta de renovar la Suprema Corte de Justicia y el Poder Judicial Federal, que se gestó durante la campaña electoral del doctor Zedillo Ponce de León, en la que el

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: Debate sobre el derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 103.

candidato del Partido Revolucionario Institucional integró a su discurso político el estado de la administración de la justicia. La reflexión política se concentró especialmente en el Poder Judicial de la Federación⁷.

El juez ordinario regularmente es fiel a la democracia al interpretar conforme a la ley, pocas veces corre el riesgo de separarse de la voluntad del legislador. Sin embargo, el juez constitucional no, pues siempre adopta la posición contramayoritaria al dictar sentencias estimatorias al proteger derechos fundamentales de ciudadanos frente a normas generales, esto es, cuestiona la expresión de la voluntad de la mayoría legislativa con su sentencia.

De lo previamente expuesto se destaca la importancia de los jueces constitucionales en el marco constitucional y legal que actualmente regulan su actuación, estudio que como previamente se indicó confrontara argumentos en los que se señalan beneficios de la instituir el control judicial de actos del legislativo a pesar del déficit democrático que podría algarse por la invasión a la dignidad democrática de la ley. Pero dar satisfacción en condiciones de equidad e igualitaria a derechos fundamentales de contenido económico, sociales y culturales. En particular, esto último se traduce necesariamente en lo general en implementar políticas públicas y en los particular en dotar a particulares de la satisfacción de esos derechos (omitidos o vulnerados). En fin, en ciertas condiciones ello implicara un disposición presupuestaría.

El punto de quiebre, no obstante lo anterior, fue en 1994 justo en el momento en que el Presidente Zedillo disuelve un poder constituido y crea una nueva integración en el Estado mexicano. Ello no sólo consistió en presentar una cara limpia en los nuevos ministros. Sino también implicó un diseño institucional novedoso, donde se le confirió al Poder Judicial de la Federación atribuciones que corresponde a un tribunal constitucional y no sólo a un juez de amparo y ordinario del nivel federal.

El sistema jurídico mexicano ha evolucionado a la par de la evolución de nuestra democracia. Pues los roces y expresiones sociales se conducen de otra manera, muy diferente a como se solucionaban durante la época de partido hegemónico. Aunque con un movimiento pendular, como se aprecia hoy con la mayoría del presidente López Obrador y su partido Morena. Ello no acerca a esa dictadura perfecta o “dictablanda”. Sin embargo, la consolidación de la Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional no se ha detenido. A la par del anuncio sobre el creciente protagonismo de los jueces y el posicionamiento invasor a la Constitución por nuestro Tribunal Constitucional.

En esa tesitura los Tribunales Constitucionales aparecen superpuestos a una estructura diferente que no corresponde al necesario para una constitución material o de

⁷ GARCÍA Ramírez, Sergio. **Poder Judicial y Ministerio Público**. Ciudad de México: Purrúa, 1996, p. 33.

derechos. Las dudas sobre la legitimidad de algunas sentencias que no sólo determinan quién y cómo puede hacer la ley, sino también en gran medida qué puede o debe decirse en la ley, se incrementa de modo notable⁸. De igual forma las que ordenan satisfacer derechos con contenido económico, social y cultural.

En ese contexto, nuestro país suma dos factores históricos importantes. La tradición y evolución del juicio de amparo en México, que es común, no excluyente y que generalmente obedece a nuestra tradición constitucional y tiene un rasgo de identidad con el *judicial review*. Así como el golpe de Estado a la Suprema Corte de la Nación en 1998 que, al margen de la ilegalidad, la dotó de mayor legitimidad. Pues instaure de forma plena a la máxima instancia del Poder Judicial de la Federación como Tribunal Constitucional en México. Por eso considero urgente conciliar esa realidad con los contenidos e ideas preconcebidas de la división de poderes y teoría del Estado clásicas, con miras a superarlas y adecuarlas al estado constitucional.

En la actualidad las democracias contemporáneas han implementado algún tipo de control de las leyes que procesan las mayorías que controlan los Poderes Legislativos, para poder asegurar que cumple con la formalidad en su emisión y respetan derechos humanos como último límite a esa voluntad democrática. Hay distintas formas para articular ese control, de entrada, se pueden hacer dos clasificaciones básicas, como la que distingue al órgano que se le confía la defensa de la constitución mediante la garantía jurisdiccional (al poder judicial) o la garantía política cuando se encomienda al Ejecutivo o Legislativo. La otra tiene que ver con la clasificación del control conferido al poder judicial, o la garantía jurisdiccional, básica entre dos modelos el descentralizado y centralizado. El primero encomienda a todos los tribunales ordinarios de justicia las funciones de control constitucional. El segundo concentra en un órgano la jurisdicción del tribunal constitucional. Sin mayor profundización señalamos que nuestro sistema tiene un alto grado de hibridación.

En nuestro país, como en toda democracia contemporánea es fundamental contar con garantías de cumplimiento de la ley, por lo tanto, siendo la constitución ley suprema, es prioritario contar con una jurisdicción constitucional. Ante las ventajas que tiene la sede judicial, fría y apartada del calor del debate político, es un espacio para que de forma reflexiva, meditada y sosegada se modulen y controlen leyes que excedan el marco constitucional y se dote de materialidad y eficacia a los derechos humanos. Por ende, la función de control constitucional de nuestro Poder Judicial Federal está plenamente justificada.

En parte, también porque al desplegar su función el juez constitucional mediante control de normas generales, si bien es cierto, se provoca una colisión de principios entre el

⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**. Madrid: Trotta, 2013, pág. 171.

principio de protección de los derechos fundamentales frente el principio de mayoría también establece un ámbito mínimo de ejercicio de derechos fundamentales, que en condiciones de igualdad refuerza el ejercicio de derechos políticos y a la democracia, que dan legitimidad a las decisiones mayoritarias.

Es conveniente tener una visión crítica de la evolución del control judicial vía amparo de normas generales e igualmente de la conformación del tribunal constitucional dentro del Poder Judicial Federal. Pues un estudio sobre las implicaciones en México de la hibridación entre el sistema americano y europeo de la justicia constitucional no permite entender el peso de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia en la vida democrática de la país y un recuento de los beneficios al impactar la expansión de los derechos fundamentales y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ha sido recurrente entre los tratadista argumentar a favor o en contra del control constitucional, pues existen voces que niegan le valor de la objeción democrática, frente a tesis que sostiene las bondades del proceso judicial que convierten a los tribunales en los espacios ideales y no las asambleas legislativas para interpretar y garantizar derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Sin embargo, es una limite final a los excesos de la mayorías y un aviso de caminante de posibles falta convencionales.

Finalmente, la crítica extrema a la interpretación judicial de la ley al sostener que resulta fundamentalmente antidemocrática, derivado de la subjetividad de los argumentos interpretativos judiciales y a la intensidad política de las que adolecen esas decisiones. Esta postura, no puede extenderse contra la sede de control constitucional, pues el juez constitucional está plenamente legitimado, ya que su objetividad exige pasar por los análisis de la interpretación constitucional. Pues el significado y atribuciones del órgano de control constitucional deben examinarse a la luz del principio democrático⁹.

Así, la evolución y actual estado de las cosas, se tiene gracias a que existe la idea de una ley suprema, y se abandona la idea aboslutista o democratica del soberano legislador y a su vez se niega que el soberano se pueda representar, sin poder modificar o traspasar la expresión del unico manifestación valida de soberania popular que es la Constución. Independientemente del modelo diseñado o elegido, se cuestiona si es aceptable en una democracia someter al control judicial las leyes aprobadas por el legislativo y hasta qué punto es legítima esta institución para esa tarea.

La consolidación de nuestro Tribunal Constitucional y evolución del Poder Judicial Federal como árbitro que destraba debates públicos sin solución en sede legislativa o la modulación de posturas mayoritarias al salirse del marco limite que señala la constitución

⁹ REYES, Manuel Aragon. La eficacia jurídica del principio demócratico. **Revista española de derecho constitucional**, nº 8, Nº 24, p. 9-45, 1988.

(incluida la normativa internacional), nos obliga a estudiar un órgano que cada vez tiene más protagonismo y peso en la agenda pública. La evolución o revolución jurídica que representa el establecimiento de una Constitución como norma vinculante suprema y jurisdiccionalmente protegida, su transformación por la jurisdicción creada para su defensa y sus efectos sobre la democracia y la división de poderes.

La legitimidad basada en la argumentación de las decisiones de la justicia constitucional es su sustento en la arena política. Ahora, los jueces de control constitucional deben encargarse de conservar y proteger esa legitimidad, no sólo mediante una elaboración argumentativa sólida sino mediante un prudente arbitrio. De lo contrario, en caso de que la sentencias desborde límites serán cuestionadas por la opinión pública, los poderes públicos y demás justiciables; y con ello pone en riesgo su legitimidad. De tal grado la importancia de la argumentación en la sentencias. Dado que en las sentencias con un alto contenido de activismo judicial o con poco compromiso en la defensa de los contenidos de las constitución, con ello únicamente generaran la erosión de la legitimidad del juez constitucional¹⁰.

Luego, para nada es paradójico que un órgano de control constitucional anule una ley o porción normativa debido a su inconstitucionalidad. Contrario a la supuesta paradoja, se restaura el orden constitucional. Ello al darle congruencia y sintonía a la voluntad del soberano (el pueblo), fuente primigenia del Derecho y los actos de sus representantes.

No obstante, ese cuestionamiento a la jurisdicción constitucional tiene su arranque en un parlamentarismo propio del Estado de derecho, hoy superado por el Estado democrático constitucional. Dado que, en este último, el legislador no es democrático por sí mismo, sino cuando expresa la voluntad desde el respeto a la Constitución, que contiene una expresión superior a la suya, la del pueblo en el que recae el ejercicio de la soberanía¹¹. En parte, porque en la etapa previa, en el periodo decimonónica, se tenía la concepción entorno a la Constitución como un texto únicamente de valor político, carente de toda eficacia jurídica¹². Ello, sin seguir a Guastini¹³, sin entender que toda Constitución escrita es una ley en sentido genérico y debe también cumplir con los extremos del artículo 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), y que a la cita Zagreblesky, que hace Cárdenas¹⁴, el principio de legalidad ha cedido su protagonismo al principio de juridicidad y de constitucionalidad.

¹⁰ PACELLE, Richard. **The Role of the Supreme Court in American Politics**. p. 29.

¹¹ ACOSTA-SÁNCHEZ, José. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional**. p. 336.

¹² ASENSI Sabater, José. **Constitucionalismo y derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 184.

¹³ GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de constitución**. En M. Carbonell, Neoconstitucionalismo. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2017, p. 29-51.

¹⁴ CÁRDENAS García, Jaime. **Argumentación jurídica**. Ciudad de Mexico: Centro Carbonell, 2016, p. 16.

2. FUNCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Por otra parte, en Europa se ha señalado a pesar del prestigio del modelo de jurisdicción constitucional concentrada, formulada por Kelsen, existen voces críticas que apuntan a otros formatos más respetuosos con el Legislador. Las críticas sostienen que el control constitucional y, en especial, el abstracto no es un tema de ciudadanos sino de políticos. Incluso, sostienen que es de mayor entidad el control difuso, pues con textos constitucionales más densos, con mayor irradiación en el orden legal. Además de garantizada los derechos e intereses emanados de la constitución en la legislación. Por ende, los jueces deberán de tomar en cuenta la ley sin necesidad de mayores esfuerzos en jurisdicciones extraordinarias¹⁵.

Con la irrupción de los derechos humanos hay una nueva concepción en la forma de concebir y tratar el derecho. De entrada, todo el derecho se constitucionaliza. Por otro lado, en ciertas circunstancias pueden existir tensiones entre dos derechos. También nos advierte sobre el cambio regular de la base del sistema jurídico¹⁶ (Nino, 2017:145). El fundamento de validez de las normas secundarias, al margen de su proceso de legitimación (regular o revolucionario) debe tener el reconocimiento de las normas que lo constituyen en la base del sistema jurídico. El propio Nino sostiene que la modificación del orden jurídico no puede llevarse a cabo de forma irregular.

En ese contexto, nos señala Clérico¹⁷ que dentro del examen de proporcionalidad se puede constatar la violación por regresión arbitraria y por una desproporción que vulnera derechos. La autora expone un caso respecto al derecho a la salud bajo supuestos de la prohibición por acción insuficiente o por omisión. Y ella precisa que no es una simple omisión. Sino es un acto estatal expresado de forma negativa al dejar de hacer algo. Lo anterior implica que a través de normas generales o resoluciones individualizadas modifican o derogan la realización de derechos sociales garantizados. El escenario que se plantea nos proporciona la posibilidad de sustentar una declaración de inconstitucionalidad¹⁸.

Ahora esa restricción podría ser proporcional o ajustada al marco constitucional. Esto es que el retroceso sea adecuado o idóneo. Al derivar de la atención a una necesidad y

¹⁵ PRIETO Sanchís, Luis. **El constitucionalismo de los derechos**. Madrid: Trotta, 2013, p. 171.

¹⁶ SANTIAGO Nino, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2017

¹⁷ CLÉRICO, Laura. **Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018, p. 216-217.

¹⁸ BERNAL Pulido, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2014, p. 873.

esta sea proporcional en sentido estricto^{19 20}.)

En las condiciones apuntada, el Estado tiene la carga de argumentar y persuadir. Pues deberá demostrar y justificar una razón imperiosa que obliguen a la regresión. Así, previo un amplio análisis de una extensa gama de alternativas. Todo para integrar de forma razonable bajo los parámetros apuntados el retroceso.

CONSIDERACIONES FINALES

El discurso de los derechos humanos como modelo progresista del método constitucional internacional, así como su estricta aplicación en la garantización de los mismos a través de políticas públicas progresistas para la construcción de una sociedad moderna que responda a las necesidades colectivas de las mayorías sin menoscabar el derecho intrínseco de la protección a las minorías y grupos vulnerables; debiera constituir el ideario de un Estado democrático en armonía con los preceptos legislativos y jurisprudenciales con el cambio de paradigmas en el razonamiento y transversalidad de las citadas sociedades modernas.

No obstante, el perverso diseño de los esquemas legislativos que responden a intereses sectarios en contravención con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la doctrina emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos favoreciendo cálculos políticos y electorales por encima del respeto a derechos inalienables como la dignidad, la libertad en todas sus manifestaciones, el libre desarrollo de la personalidad, el bien común, la felicidad colectiva y el respeto irrestricto a modelos consolidados y consumados por el Estado mexicano a través del ejercicio pleno del principio de objeción contra mayoritaria, lo cual además de respaldar la independencia judicial, representan la dicotomía entre la deontología jurídica y la ontología política.

La dignidad humana no debe establecerse como moneda de cambio para privilegiar intereses políticos e ideológicos; la dignidad es, por tanto, la teleología a la cual todas y todos debemos aspirar con nuestras actuaciones y toma de decisiones. La voluntad del pueblo representada en el parlamento, y que fue conferida para su defensa a través del “pontífice” -puente- encargado en el juez constitucional, no puede instituirse como una potestad sin límites que permita tener el poder de violentar a las mayorías, pero también es cierto que esta no puede constituir un desprecio a los derechos de las minorías como respuesta a un discurso gastado, anacrónico y trasnochado de que la voluntad de las leyes se expresa solo en el interés general; misma que debe invocarse para garantizar la dignidad judicial de los que históricamente han sido desposeídos de toda legitimidad democrática por

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 111-112.

²⁰ BERNAL Pulido, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. p. 874-972.

su condición minoritaria.

REFERENCIA DE LAS FUENTES CITADAS

ACOSTA-Sánchez, José. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

REYES, Manuel Aragon. La eficacia jurídica del principio democrático. **Revista española de derecho constitucional**, nº 8, Nº 24, p. 9-45, 1988

ASENSI Sabater, José. **Constitucionalismo y derecho constitucional**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 184.

ATIENZA, Mamuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BERNAL Pulido, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado Colombia, 2014, p. 873.

CARBONELL, Miguel. **¿Qué es el neoconstitucionalismo?** Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2017.

CÁRDENAS García, Jaime. **Argumentación jurídica**. Ciudad de Mexico: Centro Carbonell, 2016, p. 16.

CLÉRICO, Laura. **Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión**. Querétaro: Instituto de Estudio Constitucionales de Querétaro. 2018, p. 2016-2017.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. **Debate sobre el derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

GARCÍA Ramírez, Sergio. **Poder Judicial y Ministerio Público**. Ciudad de México: Purrúa, 1996.

GUASTINI, Riccardo. **Sobre el concepto de constitución**. En M. Carbonell, Neoconstitucionalismo. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell, 2017, p. 29-51.

PACELLE, Richard. **The Role of the Supreme Court in American Politics**. Boulder: Westview, 2002.

PRIETO Sanchís, Luis. **El constitucionalismo de los derechos**. Madrid: Trotta, 2003, p. 171.

SANTIAGO Nino, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2017.

INFORMAÇÕES DO AUTOR

Francisco Alfonso Ríos Gamiño

Doctorando en Derechos Humanos por la Universidad de Valencia, España. Maestro en Derecho Penal y Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Coahuila. Laboró en el Poder Judicial de la Federación, fue docente en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Saltillo, en la Cátedra de Amparo, disciplina en la que ejerce profesionalmente. Correo electrónico: riosalfonso@icloud.com.

José Luis Lea Espinoza

Doctor en Filosofía (PhD) con especialidad en Derecho Constitucional y derechos fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Especialista en Justicia Constitucional y Argumentación Jurídica por la Universidad de Castilla La Mancha, España y Especialista en Metodología de la Comparación Jurídica, Modelo de Justicia Constitucional, Supranacional, Electoral y Ambiental por la Universidad de Bolonia, Italia. Catedrático Investigador a Tiempo Completo y Vicedecano de Investigación y Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Miembro Numerario del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, España. Asesor Jurídico de la LXIV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México. Correo electrónico: jose.leal@uadec.edu.mx ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9072-0057>.

COMO CITAR

GAMIÑO, Francisco Alfonso Ríos; ESPINOZA, José Luis Lea. Argumento contramayoritario: legislador precario o juez empoderado. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 28, n. 3, p. 686-699, 2023. DOI: 10.14210/nej.v28n2.p686-699.

Recebido em: 08 de set. de 2023

Aprovado em: 27 de nov. de 2023