UADY

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN

FACULTAD DE DERECHO

Revista

Tohil

APORTACIONES A LA TEORÍA JURÍDICA MEXICANA

CONTRIBUTIONS OF MEXICAN LEGAL THEORY

Melba Angelina Méndez Fernández[1]

Sumario: I. Introducción. II. Miguel Carbonell: difusor del neoconstitucionalismo y la construcción del Estado constitucional. III. La democracia constitucional, de Pedro Salazar Ugarte. IV. Jaime Cárdenas Gracia: una Constitución para la democracia. V. José Ramón Cossío Díaz y el control constitucional. VI. José Zamora Grant y los derechos fundamentales en la justicia penal. VII. Teoría de la Argumentación Jurídica de Serafín Ortiz Ortiz. VIII. Reflexiones para la historia del Derecho desde el Constitucionalismo garantista de Raúl Ávila Ortiz.

I.- INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), a principios del siglo XX, aproximadamente treinta años antes de que concluyera la Segunda Guerra Mundial, ya contaba con casi todos los aspectos del modelo neoconstitucionalista destacados por Alexy, Ferrajoli, Nino, Dworkin, Zagrebelsky, Pozzolo, Vigo y Carbonell; este último ha declarado lo siguiente:

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de Weimar de 1919, pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional es el conjunto, la combinación de tres elementos trascendentales: textos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos que se ocupan de él.[2]

1 Doctora en Derecho por el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México. Profesora titular e integrante del Cuerpo Académico "Visión multidisciplinaria y tridimensional del Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Exconsejera de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Yucatán 2011-2020.

2 CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), *El canon neoconstitucional.* México. Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 157.

El único elemento de la Constitución mexicana de 1917 que parece haberse distanciado del modelo neoconstitucionalista, es el relativo a la designación de los jueces que ejercerían el control constitucional, específicamente en el caso de los miembros (hoy ministros) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que antes de la Constitución eran elegidos por voto popular y que a partir de la promulgación del texto constitucional de 1917, comenzaron a ser propuestos y designados por los otros dos poderes.

Esa cuestión de la designación de los jueces constitucionales, sobre todo cuando no son elegidos por voto popular, es un punto que preocupa al neoconstitucionalismo, del que sospecha el iuspositivismo y del que desconfía toda corriente jurídica seria. Se duda, con razón, de la imparcialidad de los jueces que son designados por la contraparte del pueblo, se cuestiona su legitimación, incluso su competencia para, con base en su interpretación de la Constitución, anular las leyes, los actos del Poder Ejecutivo, las propias decisiones del Poder Judicial y los derechos humanos.[3]

Ahora bien, para hablar de la introducción del neoconstitucionalismo en la doctrina mexicana, es indispensable realizar un estudio de las obras de Miguel Carbonell, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), que ha compilado diversas obras a manera de que las escuelas de Derecho del país introduzcan en sus programas académicos las teorías y los exponentes más representativos del neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina, particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y desde luego nuestro país, México. Con todo, se trata de un fenómeno de escaso estudio, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavía algunos años.[4]

Si bien la nomenclatura neoconstitucional ha sido utilizada apenas

3 *Ibíd.*
4 *Ibíd.*

desde finales de la década de los 90 (siglo XX), procura enmarcar, y así describir y explicar los cambios que se realizaron en los sistemas jurídicos iberoamericanos desde la década de los 70, y que progresivamente han ido extendiéndose no sólo institucional sino doctrinalmente, a cuenta de la promulgación de Constituciones políticas que a su vez, en distinta medida según el contexto, transformaron las prácticas jurisprudenciales, exigieron una cualificación de la producción bibliográfica y una sofisticación de la doctrina jurídica. Esta nueva sensibilidad ius-teórica e ideológica, a partir de la cual se comprende la necesidad de realizar trasplantes teóricos e institucionales, ha sido implantada y fortalecida por el destacado papel de alguna academias jurídicas lideradas por los polos intelectuales de México y Argentina, y a los cuales se aúnan progresivamente otras academias como la colombiana, la brasileña, la ecuatoriana y la chi- lena que desde finales de la década de los 70 del siglo pasado, empezaron a renovar sus planes curriculares, a cualificar sus plantillas docentes y a publicar los productos de sus investigaciones y traducciones de importantes obras gestadas en Inglaterra, Alemania y Estados Unidos.[5]

A continuación, se exponen a los principales autores mexicanos que impulsan las teorías del neoconstitucionalismo en nuestro país:

II. MIGUEL CARBONELL: DIFUSOR DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial; desde entonces, el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos.

Miguel Carbonell Sánchez se ha encargado de recopilar, estudiar y analizar las posturas de los más grandes exponentes de las tendencias neo-

5 *Ibíd.*

constitucionalistas en Europa y otras partes del mundo, generando textos, artículos de divulgación y ponencias en las cuales ex- pone las ventajas, desafíos y los principales acontecimientos del también llamado constitucionalismo contemporáneo.[6]

Podría decirse que Carbonell Sánchez se ha encargado de propagar las ideas neoconstitucionalistas en la doctrina mexicana, pues a través de sus investigaciones ha introducido de manera exhaustiva los textos de algunos autores, aunque en la perspectiva mexicana, a manera de difusor, expone los criterios de los juristas europeos, y porque realiza compendios e investigaciones acerca del neoconstitucionalismo y su recepción en México.

El nuevo constitucionalismo mexicano se expresa en tres distintas vertientes: los nuevos contenidos constitucionales que la Constitución mexicana de 1917 hoy en día ha incorporado en más de 600 modificaciones, a través de más de 184 Decretos de Reforma, los cuales pueden modificar varios artículos. Es una Constitución excesivamente detallada.

Los últimos cambios constitucionales en vez de corregir esto y tener una Constitución principialista, le añaden todavía más cuestiones al texto constitucional.

Por tanto, el nuevo constitucionalismo mexicano tiene que ver con los nuevos contenidos constitucionales, y tiene que ver con una novedosa interpretación del texto constitucional, es decir, no sólo el texto constitucional ha ido variando, sin que también ha ido variando la interpretación que se hace del texto constitucional.[7]

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo, o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera. Debido a lo anterior, Carbonell afirma que el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y la práctica del Estado constitucional de derecho.[8]

6 *Ibíd.* pp. 9 y 10

7 CARBONELL, Miguel, "El nuevo constitucionalismo mexicano", ponencia en *La reforma del Estado y el nuevo federalismo,* Memoria del Primer Congreso Nacional, Comisión Especial para la Reforma del Estado de Oaxaca, Oaxaca de Juárez, 2007, pp. 19–25.

8 CARBONELL, Miguel, "¿Qué es el Neoconstitucionalismo?", artículo en revista *El mundo del abogado,* Año 15, Número 162, México, 2012, pp. 24 y 25.

Para nosotros, es indudable que la afirmación del referido autor es cierta respecto de que el neoconstitucionalismo está escasamente estudiado en México, por lo que el tema debe ser debatido y alcanzar un nivel de mayor comprensión. Consideramos que, así como se han analizado las corrientes jurídicas Iusnaturalista e Iuspositivista, también el neoconstitucionalismo debe ser estudiado en todos sus aspectos. Las Facultades de Derecho de todo el país deberían incluir el tema en sus programas de estudio.

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda posguerra; se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, o la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales. Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.

Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del Poder Constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. Dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo, se encuentran desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la prácti-

ca jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.[9]

Es obvio que existen desde tiempo atrás textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX, por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917; también es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente se observan en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas. Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del siglo XX. Son elementos que sin duda se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo, por lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que se tiene a la vista en los primeros años del siglo XXI el conjunto, la combinación de los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y los desarrollos teóricos.

Y todavía más que eso: lo novedoso son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional del derecho en funcionamiento. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos cincuenta años, no todas para bien. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que el neoconstitucionalismo proporciona.[10]

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial.[11] Conviene tener presente, con todo, que cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional.

Por otro lado, con el término neoconstitucionalismo se hace referen-

9 CARBONELL, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Serie Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid. Ensayos escogidos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Trotta, 2009, pp. 9–12

10 *Ibíd*.

11 CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*. México, UNAM-Editorial Trotta, 2003. p.9.

cia también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos positivos e incluso elogiosos.[12]

De ambas perspectivas se nutren las compilaciones elaboradas por Miguel Carbonell, pues expone que algunos autores defienden en sus textos lo que debería ser el Estado constitucional, otros describen la operatividad que han tenido los cambios generados en su funciona- miento, y otros se dedican a analizar las teorías explicativas o justificativas de este nuevo estado de cosas.[13]

Existen ensayos que contienen análisis más generales y otros que se detienen en aspectos particulares del neoconstitucionalismo. Así, por ejemplo, dentro de los primeros se tienen los trabajos de Ferrajoli que engarza los modelos del Estado de derecho y del Estado constitucional y sugiere sus posibles vías de evolución; Alexy, que ilustra sobre la forma en que la jurisdicción constitucional alemana opera con ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales; o Guastini, que describe las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento, así como la forma en que dichas condiciones se han desarrollado en Italia.[14]

Entre los segundos, se encuentran las aportaciones de Luis Prieto Sanchís sobre la ponderación judicial en el neoconstitucionalismo; de Juan Carlos Bayón sobre las objeciones contramayoritarias que se le hacen a la justicia constitucional; de José Juan Moreso que al tratar el tema de los conflictos entre principios constitucionales aborda el asunto, como Luis Prieto, de la técnica de la ponderación, o de Susana Pozzolo sobre la relación entre derecho y moral en el neoconstitucionalismo.

Algunos autores se dedican a hacer metateoría, enfocando sus análisis a las aportaciones que han hecho los principales teóricos de las distintas corrientes que conforman el neoconstitucionalismo; así, a Santiago Sastre y Alfonso García Figueroa les ha preocupado el papel y los cometidos que debe tener o que de hecho tiene ya la ciencia del derecho dentro del Estado constitucional contemporáneo; Paolo Comanducci se detiene en el análisis de

12 *Ibíd.*
13 *Ibíd.*
14 *Ibíd*

los tipos de neoconstitucionalismo que existen y los compara con los tipos de positivismo que hace años explicó Norberto Bobbio; y finalmente, Mauro Barberis analiza la tesis de un autor central del neoconstitucionalismo como Carlos Santiago Nino, sobre todo a partir de su obra publicada en forma póstuma: *La constitución de la democracia deliberativa*. Algunos de los autores se han beneficiado con la lectura de los textos de sus colegas que integran los compendios elaborados por Carbonell, ya sea porque se les han repartido previamente o bien porque han contribuido generosamente a la traducción de algunos trabajos.[15]

Hablar de neoconstitucionalismo supone hacer referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional; por otro lado, a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente esos cambios y/o que da cuenta de ellos.[16]

Puede afirmarse con un grado importante de asentado consenso que la fenomenología abarcada por la corriente del neoconstitucionalismo, ha ejercido un marcado influjo en diversos procesos institucionales, pedagógicos y jurisprudenciales en distintos países iberoamericanos.

Uno de los elementos medulares del neoconstitucionalismo es la renovación de la literatura jurídica, la cual, además de aumentar en cantidad, se destaca también por su nivel cada vez mayor de sofisticación y rigor, así como por el grado de impacto que ejerce sobre otras disciplinas y contextos distintos a los de su origen.

Otros elementos tienen que ver tanto con la promulgación de nuevas Constituciones que consagran amplios catálogos de derechos e incluyen mecanismos judiciales para asegurar su cumplimiento, como una jurisprudencia renovada y consciente de su rol garantista al no limitarse a un examen constitucional de los actos del Legislativo, sino ejerciendo un importante activismo al amparar todo tipo de derechos fundamentales, incluyendo destacadamente los derechos sociales.[17]

15 *Ibíd*

16 *Ibíd*, con parafraseado de la introducción de la obra.

17 CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), *El canon neocon-*

La implementación gradual del modelo neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre la tesis optimista y escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel, no sólo jurídico sino también político en la crítica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestras mane- ras de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones.

Otros aspectos que han merecido críticas visibles se relacionan con el alcance del poder de los jueces y, en especial, de los magistrados de las altas cortes, para proferir decisiones que tienen impacto sobre la economía nacional al proteger derechos de prestación, o con los mecanismos utilizados, la ponderación especialmente, para resolver las tensiones que se presentan en la aplicación de los derechos fundamentales.[18]

Por su parte, el magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región del Poder Judicial de la Federación (PJF), adscrito en la ciudad de Mérida, Eolo Durán, en entrevista ofrecida a la revista *Justicia en Yucatán,* del Poder Judicial de aquel estado, subraya que las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y la relativa al sistema acusatorio, han significado cambios sustanciales en la labor de los operadores del Derecho en nuestro país, entre ellos la del juzgador, cuya función cotidiana, lo obliga a adaptarse con rapidez a las nuevas exigencias y hacer realidad los nuevos paradigmas; con la reforma constitucional, aparecen elementos normativos que permiten al juzgador actual la utilización de una metodología que desde tiempo atrás había propuesto el neoconstitucionalismo y que ya se aplicaba en diversos países europeos y latinoamericanos.

Durán Molina afirma que el contenido del artículo primero de la Constitución es suficiente para comprender que en la actualidad es obligación de todos los actores sociales garantizar los derechos humanos, sobre todo el enunciado que se aprecia en el párrafo tercero, que impone el deber a todas las autoridades nacionales de respetar los derechos humanos.

Además, refirió que esta inserción en la norma constitucional consti-

---

stitucional…, op. cit., pp. 11 y 12.

18 *Ibíd.*

tuye el elemento esencial que establece el verdadero cambio de paradigma, de un Estado de legalidad a un Estado constitucional de derecho, porque si todas las autoridades del país tienen la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, ello significa que las autoridades ya no sólo tienen que respetar los mandatos a que se refieren las leyes emitidas por el legislador ordinario, sino que además tienen la obligación, el imperativo de hacer realidad lo que establece la Constitución y los Tratados internacionales sobre derechos humanos, señalando que con ello se transita de un Estado legalista, que conformó el denominado Estado de derecho, cuya nota esencial es el cumplimiento irrestricto de la ley, como dogma fundamental de actuación de los órganos que lo conforman, a un Estado constitucional de derecho, en cuyo ámbito las autoridades que lo conforman tienen la obligación, no nada más de cumplir con las leyes, sino esencialmente, de hacer valer los mandatos previstos en la Constitución; con esto, los operadores del Derecho habrán de incursionar en la utilización de un método distinto al aplicar el Derecho, el cual puede ser proporcionado por el neoconstitucionalismo, que sostiene que en el Estado moderno actual, todos los órganos que lo conforman tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los mandatos constitucionales y no solamente de las leyes.[19]

Durán Molina establece que lo anterior no es simplemente un cambio de enfoque, sino que representa una verdadera evolución, pues se introduce con eficacia una nueva fuente del derecho, que se hace consistir en las normas constitucionales, sus principios y sus valores, cuya fuerza irradia con mayor penetración, hacia todas las normas inferiores que conforman el sistema, lo cual trae diversidad de consecuencias en la concepción jurídica, y propicia una evolución, porque la garantía de legalidad, pasa solamente a ser un primer paso que deberá complementarse, con un aspecto adicional por parte del aplicador del Derecho, que consistirá en la constatación crítica de que

19 DURÁN MOLINA, Gonzalo Eolo, "La Constitución como norma positivista cuyos mandatos, reglas, principios y valores deben ser cumplidos irrestrictamente por todos los miembros de la sociedad y en especial por las autoridades que conforman los órganos del Estado", entrevista en revista *Justicia en Yucatán*, Número 41, octubre-diciembre de 2014, Poder Judicial del Estado de Yucatán, Mérida, 2014.

esa ley que aplica, cumpla con los valores o principios constitucionales y los mandatos previstos en los Tratados internacionales en los que México es parte en materia de derechos humanos, pero, además, que sus propias decisiones estén investidas de razonabilidad.[20]

Lo anterior no significa, naturalmente, que todo el legado de la tradición positivista deba ser hoy desechado. Esta tradición tiene, desde luego, puntos fuertes vinculados a la orientación analítica, en sentido amplio, de sus representantes principales.[21]

III. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, DE PEDRO SALAZAR UGARTE

Pedro Salazar Ugarte sostiene que los derechos fundamentales, las libertades, los derechos políticos y los derechos sociales, constituyen la base de la legitimidad del modelo de Estado de derecho, el objeto que las instituciones políticas. Sin embargo, han acontecido cambios: así como la democracia política se fue construyendo sobre la base de la propia Constitución postrevolucionaria, también la agenda de los derechos ha venido ganando terreno, y como ejemplo apunta la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en 2011.[22]

Esa reforma cambió el texto constitucional mexicano de manera sustantiva, pues el aparato dogmático de la Constitución fue objeto de modificaciones sustanciales que sientan las bases para una transformación profunda de las prácticas políticas, jurídicas y políticas públicas en materia de derechos humanos.

De acuerdo con este autor, la reforma de derechos humanos es el punto de partida de una nueva etapa de transformaciones jurídicas, políticas, sociales e institucionales. Seguidamente señala que los alcances potenciales

20 *Ibíd*.
21 *Ibíd*.
22 SALAZAR UGARTE, Pedro, "Camino a la democracia constitucional en México", artículo en revista *Isonomía*, número 36, Abril de 2012, México, en línea, fecha de consulta: 14 de junio de 2019. Disponible en: *http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia36/Isono_366.pdf*

de esa operación constitucional emergen de cinco ejes estratégicos:

- La ampliación del conjunto de derechos humanos.
- El ensanchamiento de la titularidad de los derechos.
- La especificación de las obligaciones de las autoridades.
- El fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales).
- El énfasis de la protección de los derechos desde las políticas públicas.

Sostiene que el eje articulador de todas las modificaciones a la Constitución mexicana son los criterios, principios e instituciones de garantía de los derechos humanos.

Con la eliminación de la pena de muerte de la Constitución, México se sumó a una agenda con tendencia progresista en el mundo, una tendencia que se encuentra anclada en múltiples instrumentos internacionales como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Opina que sobre la base de estas transformaciones normativas y de las dinámicas sociales y políticas provocadas por las mismas, poco a poco se fueron activando los mecanismos jurisdiccionales de garantía. En este sentido, tanto en Tribunales especializados, como en los Juzgados y Tribunales ordinarios, lo jueces mexicanos cada vez tienen que argumentar en términos de derechos humanos y deben familiarizarse con la experiencia de otros tribunales en el mundo y con las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de corte internacional.

Salazar Ugarte destaca que este aspecto impone un reto mayúsculo para el Estado constitucional mexicano, porque está en juego el principio de igualdad de derechos, y que debe reivindicar la lógica universalista y contramayoritaria de los derechos fundamentales que exige que, cuando se trata del reconocimiento y garantía de un derecho, el Estado debe estar incondicionalmente obligado sin tener autoridad para oponer consideraciones territoriales o idiosincrasias particulares.[23]

Los recursos de tutela constitucional se activan cuando, en contextos de pluralidad política, los actores y representantes deciden trasladar sus diferendos desde la arena política hacia las sedes judiciales. Sostiene que la

23 *Ibíd.*

reforma de derechos humanos de 2011 es una reforma desde la democracia y para su consolidación. Sus efectos están orientados hacia la consolidación de la democracia mexicana pero también a su afirmación como una democracia constitucional.

Menciona que, si se observan las reformas de 2011 en materia de derechos humanos y se concatenan con otras reformas aprobadas en la última década, una parte de la reforma penal aprobada en 2008 y la reforma en materia de amparo aprobada también en 2011, existen evidencias normativas de que la apuesta constitucional mexicana está en el constitucionalismo democrático.

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 impone a los actores políticos relevantes —gobiernos, legisladores y jueces, principalmente—, la premisa de que todos ellos están constitucionalmente obligados a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

La administración pública en todos sus niveles tiene una doble responsabilidad en cuestión de derechos humanos: abstenerse de vulnerar, violentar, lesionar o transgredir los derechos de las personas, y al mismo tiempo, realizar las tareas tendientes a proteger, promover y garantizar los derechos.

El Poder Legislativo nacional y las legislaturas estatales tienen como obligación primordial la creación de las normas secundarias que hagan posible la traducción de las normas constitucionales en políticas públicas, en condiciones estables y ciertas.

Los jueces tienen la función de fungir como garantes principales de esta reforma constitucional. Por lo mismo, no sólo deben conocer y entender las modificaciones: también deben asimilarlas y adoptarlas como nuevo criterio orientador de su actuación. Supone, por ejemplo, comprender qué es el nuevo bloque de constitucionalidad, qué implicaciones tiene en materia de jerarquía normativa, qué significado y alcances tienen los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, qué es la interpretación conforme, entre otros.

Los principios constitucionales son obligatorios para todos los poderes, pero los jueces tienen una responsabilidad especial porque les corresponde garantizar en última instancia que todas las autoridades ajusten su actuación a sus obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos.

Esto impone al Poder Judicial retos relevantes. Por ejemplo, supone adaptarse a una nueva dinámica de control de constitucionalidad en la que cada juez puede y debe identificar el contenido esencial de los derechos y, si lo considera procedente, decretar la inaplicabilidad, por inconstitucionalidad de una ley. Esto impone una revolución en la cultura judicial mexicana que, hasta ahora, se caracteriza por la jerarquía interpretativa y por la dependencia de los criterios provenientes desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[24]

Una dimensión muy poco explorada en México, pero con interesantes desarrollos en otros países, supone el reconocimiento judicial de que los derechos humanos también pueden ser violentados por los particulares y que, por lo mismo, también ante éstos se exige su protección.

Por eso, es necesario que los jueces asuman una responsabilidad también política como garantes no sólo de la Constitución vigente, sino de los principios que hacen posible al constitucionalismo democrático dentro de los que se cuenta, precisamente, la división de poderes. Una tarea difícil y resbalosa que debe operarse con la máxima responsabilidad para evitar que el constitucionalismo democrático se desequilibre hacia una suerte de república judicial.

Afirma Salazar Ugarte que el poder político en su calidad de autoridad con capacidad punitiva es el principal violador de derechos humanos, violaciones que suelen materializarse mediante abusos o excesos de poder, pero que también tienen lugar a través de omisiones. Recordemos que, como nos enseñó Ferrajoli, los derechos imponen obligaciones de hacer —acciones que no pueden dejar de realizarse—, así como de no hacer —acciones que no pueden realizarse— a la administración pública. A los jueces, entonces, les corresponde velar para que las acciones obligadas se verifiquen y los actos vedados no se materialicen.[25]

Ese es el sentido genuino de la idea de brindar amparo y protección a los derechos. Si el gobierno es omiso en su obligación de respetarlos o de garantizarlos, entonces a los jueces les toca intervenir para protegerlos. La reforma constitucional de 2011 sienta las bases para fortalecer los meca-

24 *Ibíd.*
25 *Ibíd.*

nismos de protección de todos los derechos, pero quizá sobre todo de los derechos sociales. Esto en virtud de que —como ya se ha adelantado— estos derechos han sido objeto de interesantes desarrollos en el ámbito internacional. Esta es una veta prometedora en la que los jueces pueden desempeñar un papel determinante.

IV. JAIME CÁRDENAS GRACIA: UNA CONSTITUCIÓN PARA LA DEMOCRACIA

La premisa principal de Jaime Cárdenas Gracia es que se dicte una nueva Constitución en la que se integren los nuevos conceptos de Estado y de derechos humanos; para ello, hace un análisis de los elementos que constituyen las instituciones. Menciona que, para lograrlo, es necesaria una nueva reconceptualización a fin de conocer las lógicas contradictorias que las instituciones tienen entre sí, establecer sus límites de cara a los individuos y grupos sociales, y precisar que han sido creadas para el beneficio individual y social, y que, por tanto, están en primer plano al servicio de la sociedad.[26]

Se precisa saber, dice, cómo las instituciones actuales influyen en la vida política, y si no influyen en el sentido deseado, cómo construir nuevas instituciones que generen influencias y comportamientos distintos y queridos. De antemano, es oportuno decir que los resultados buscados deben valorar la eficiencia, estabilidad y legitimidad democrática de cada institución presente. Considera la eficacia para saber si son funcionales las instituciones particulares al resto del sistema jurídico político, y en relación a la realidad social y política.[27]

Menciona que, si las instituciones no satisfacen los objetivos buscados y no responden a los criterios de valoración de antemano fijados, es conveniente redefinir el marco institucional y proponer nuevas instituciones que respondan a lo deseado.

26 CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012. En línea, fecha de consulta: 14 de junio de 2019. Disponible en *http://132.247.1.49/BibliotecaV2/Documentos/Ombudsman/Libros/jaimecarde- nas.pdf*
27 *Ibíd.*

Apoya la postura de Arend Lijphart,[28] quien ha distinguido dos modelos-tipo de instituciones en una democracia, que se denominan *de mayoría* y *de consenso*.

El de mayoría o de Westminster, consta de los siguientes elementos: concentración de poder en el Ejecutivo, fusión de poderes y dominio del gabinete, bicameralismo asimétrico, bipartidismo, sistema de partidos unidimensional, sistema electoral de mayoría relativa, gobierno unitario y centralizado, Constitución no escrita y soberanía parlamentaria, y democracia exclusivamente representativa.

El de consenso se caracteriza, en cambio, por los siguientes elementos: participación en el Poder Ejecutivo, grandes coaliciones, separación formal e informal de poderes, bicameralismo equilibrado y representación de la minoría, sistemas pluri- partidistas, sistema de partidos multidimensional, representación proporcional, descentralización y federalismo territorial y no territorial, Constitución escrita y veto de la minoría, y mecanismos de democracia directa.[29]

Aborda el tema que considera como el regreso del Estado, y al respecto argumenta que la teoría institucional ha traído al primer plano al Estado. Con ello, las ciencias sociales han roto el modelo preponderante que veía en la sociedad el centro de sus especulaciones. Así, el Estado no es más un tema de atención exclusivo para juristas, sino que también será el lugar común para las reflexiones del resto de los científicos sociales.[30]

Posteriormente, analiza los diversos conceptos de Estado, para finalmente plantear que hoy en día el paradigma teórico se centra en el regreso del Estado-aparato con relativa autonomía y con instituciones y estructuras subordinadas que influyen y modifican los comportamientos sociales.[31]

Asevera que la primacía de la ley es la nota fundamental de todo Estado de derecho. Los actos de las autoridades deben estar subordinados y

28 Nacido en Apeldoorn (Países Bajos), es un politólogo especializado en ámbitos relacionados con la política comparada, los sistemas electorales y sistemas de votación, las instituciones democráticas, o la etnicidad. En línea, fecha de consulta: 14 de junio de 2019. Disponible en: *https://beersandpolitics.com/entrevista-a- arend-lijphar*

29 CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para…*, *op. cit.*

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.*

realizarse mediante el derecho. El diseño institucional es entonces el marco que permite el equilibrio entre las nociones de Estado- aparato y Estado-comunidad, y ese equilibrio no puede, en problemas actuales del derecho constitucional, más que descansar en la construcción de un Estado de derecho que posea elementos imprescindibles para ser considerado como tal. Todo Estado de derecho debe contar al menos con los siguientes elementos: primacía de la Ley; sistema jerárquico de normas; legalidad en los actos de la administración; separación de poderes; protección y garantía de los derechos humanos; examen de la constitucionalidad de las leyes.[32]

Un Estado de derecho necesita tener mecanismos de revisión de las normas secundarias que de sus órganos emanen, no sólo con ánimo de propiciar la coherencia o la unidad en el ordenamiento jurídico, que también es importante, sino para que se refuerce el consenso básico en cada acto legislativo, y con el propósito de renovar la legitimidad política en el Estado de derecho. Esta característica favorece el cumplimiento del principio de primacía de la ley, puesto que la ley suprema que es la Constitución es la primera ley que debe ser respetada.[33]

Señala que otro elemento importantísimo para el entendimiento y vigencia real del Estado de derecho alude a la relevancia constitucional, es decir, a la coincidencia entre las prácticas sociales y políticas con las normas jurídicas, tanto constitucionales como secundarias. Para ello, cita a Carlos Santiago Nino, el cual indica que necesitamos de un concepto valorativo o normativo de Constitución que nos permita identificarla con los principios básicos de la moralidad social, es decir, con los derechos fundamentales de la persona, y con los mecanismos que establecen los procedimientos de toma de decisiones básicas en las unidades políticas que integran la organización del poder.

El autor considera entonces que la tarea es elaborar las bases del procedimiento legítimo que debe dar origen a una Constitución y a un orden normativo, o reformular los contenidos, principios y objetivos de la Constitución para lograr la finalidad del procedimiento justo. La relevancia constitucional es el indicador para medir la vigencia efectiva de un orden constitucional y,

32 *Ibíd.*
33 *Ibíd.*

por tanto, de un Estado de derecho.

Finalmente, expone que no puede funcionar democracia alguna si no se apoya en un Estado de derecho; por consiguiente, el Estado moderno tiene que ser de derecho y actuar democráticamente.

El Estado mexicano llega a finales del siglo XX sin lograr tener los elementos de un Estado de derecho pleno. Para la reconstrucción de las instituciones nacionales será a través de la vertiente teórica del nuevo institucionalismo y sus implicaciones para el estudio del Estado de derecho. La primera premisa consiste en señalar que no es posible transformación ni modernización económica alguna, si previamente no se modernizan las instituciones jurídicas y políticas nacionales. La segunda nos indica que para la realización de una transición a la democracia exitosa y para una consolidación democrática, necesitamos de normas constitucionales congruentes con los procedimientos democráticos y con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.[34]

Finalmente, las transiciones políticas en los años 70 y 80 han destacado la importancia de las instituciones en los procesos de cambio hacia la democracia.[35]

El regreso del Estado como una de las instituciones fundamentales, ha ocasionado que la ciencia política norteamericana vea la política más allá de una cuestión de gobierno o de sistema político. Se ha generado un renacimiento de la perspectiva continental europea que desde casi siempre ha considerado al Estado como actor central, y no sólo en los estudios jurídicos, sino también políticos.[36]

Cárdenas Gracia ha señalado las razones por las cuales está a favor de una nueva Constitución, y puntualiza:

- La Constitución de 1917 es obra del grupo vencedor; se necesita una nueva en la que todos los grupos se vean reflejados, que sea el consenso de todas las fuerzas políticas;
- La Constitución ya no goza de legitimidad por los múltiples abusos a que ha sido sometida, a sus incontables reformas y a su diseño no-democrático;

34 *Ibíd.*
35 *Ibíd.*
36 *Ibíd.*

- La Constitución no ha sido y no es normativa, es decir, no regula el proceso del poder, ya que las reglas del juego político y social se encuentran fuera de ella, en factores metaconstitucionales;
- Una nueva Constitución crearía una nueva legitimidad basada en la democracia pluralista de partidos;
- Tanto las autoridades como los gobernados incurren en deslealtades constitucionales al dejar de aplicar preceptos constitucionales, o bien al rechazarlos;
- La Constitución no cuenta con la lealtad de todos los sectores del país, ya que no regula mecanismos ni instituciones para amplios grupos, como son los indígenas, organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación;
- Si se realiza a plenitud la reforma del Estado, tantas modificaciones harían irreconocible a la ley fundamental;
- Su articulado no produce certezas, sino que genera confusiones;
- La nueva economía, la nueva política y las aspiraciones de las nuevas generaciones demandan un contrato social renovado, y
- La ley fundamental no recoge los avances del constitucionalismo de la segunda posguerra ni los más recientes en el tiempo.[37]

V. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

El ex ministro José Ramón Cossío Díaz es un autor cuyas publicaciones y obras van dirigidas al Derecho Constitucional, y sus tesis principales son el estudio de la Constitución en México, la enorme influencia del régimen del partido hegemónico en todas las instancias de la vida nacional —provocando que la mayor parte de los juristas optaran por concebir y explicar la Constitución de manera tal que la misma resultara favorable al propio régimen—; también sostiene que debido al cambio de las condiciones políticas del país, se hace necesario revisar la conceptualización y la explicación de la Constitución a efecto de hacer de ella un instrumento de convivencia y racionalización

37 *Ibíd.*

de una sociedad progresivamente plural y heterogénea.[38]

Hablar del control de la constitucionalidad implica, necesariamente, referirse a los sistemas americano o difuso y europeo o kelseniano o concentrado, cuyas diferencias son que en el primero, dicho control puede ser ejercido por cualquier juez para desaplicar normas in- constitucionales al caso concreto, mientras que en el segundo se reserva a un Tribunal especializado o Tribunal Constitucional, como se le ha denominado desde que se expidió la Constitución austriaca (proyectada por Kelsen) en 1920.

Estos sistemas no son únicos; particularmente en América Latina, se ha generado un modelo mixto que entraña la combinación del control abstracto de la constitucionalidad a cargo del órgano supremo (una Corte Suprema, por ejemplo), con la facultad de todos los jueces de no aplicar las leyes que estimen inconstitucionales al caso concreto. Se diría que este sistema se observa en México, aunque debe puntualizarse que aquí no todos los juzgadores pueden hacer pronunciamientos de constitucionalidad sino sólo los Tribunales federales de amparo.[39]

José Ramón Cossío Díaz en su obra *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, busca demostrar, en primer lugar, que desde comienzos del siglo XIX generamos un modelo de control de constitucionalidad que combina partes de los modelos estadounidense y europeo vigentes en aquella época, hasta llegar a la constitución de uno propio, y segundo, que la jurisdicción constitucional con que hoy contamos tiene características que dificultan su adscripción a alguno de los mencionados modelos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, y que adicionalmente con ciertos ajustes, puede salvaguardar adecuadamente la supremacía de la Constitución.

La distinción que formula el exministro Cossío de sistema y modelo le permite diferenciar entre las competencias correspondientes al sistema constitucional y la estructura orgánica que realiza tal control. Subyace a esta distinción la teoría de Niklas Luhmann,[40] la necesidad de un mecanismo de

38 COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario.* México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000, pp. 9–13.

39 COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México,* Instituto de In- vestigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 215.

40 Nació en Luneburgo, Baja Sajonia; fue un sociólogo alemán reconocido por su formulación de la Teoría General de los Sistemas Sociales. En línea, fecha de consulta 14 de junio

cierre y diferenciación de un sistema que le sirva para acoplarse a su entorno.

En esta noción de cierre de sistema, que es el mecanismo de relación y acoplamiento con el ambiente, es donde dicho autor ubica las características de los órganos jurisdiccionales, en específico de aquellos que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad, lo que permite clasificar los modelos que han existido en el caso mexicano, distinguiéndolos por el período histórico en el que los ubica.

En los primeros cuatro capítulos del texto de Cossío, hace una revisión cronológica que tiene como intervalos de 1814 a 1856 (período de antecedentes), de 1857 a 1917 (período de formación), de 1917 a 1987 (período de reiteración) y de 1987 a 2010 (período de constitucionalización), y finalmente el capítulo quinto desarrolla un balance general de propuestas y comparaciones.

Así, una de las conclusiones centrales es que el análisis de justicia constitucional que corresponda a cada orden jurídico debe hacerse teniendo en cuenta el diseño y la operación de sus instrumentos procesales y la organización de los órganos correspondientes.[41]

Aunque el exministro ya no llega hasta la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la situación que él describe puede ubicarse en la profundización del modelo mexicano con tal reforma, al incorporar al bloque constitucional los Tratados inter- nacionales relativos a los derechos humanos.[42]

De este modelo mexicano, el autor realiza un estudio que muestra las modificaciones que ha tenido el control constitucional en los diversos ordenamientos mexicanos, por lo que utiliza una clasificación de carácter periódica para distinguir tanto los límites del sistema como el modelo aplicado en cada etapa.[43]

Tiene el mérito de que el texto es una revisión de fuentes directas, tanto de carácter legal como de índole jurisprudencial, lo que permite al exministro una reconstrucción inmediata de cada uno de los períodos, con la

de 2019. Disponible en: *https://www.infoamerica.org/teoria/luhmann1.html*

41 COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos…, op. cit.,* p. 216.

42 *Ibíd*

43 *Ibíd*

finalidad de distinguirlos de las otras etapas.[44]

VI. JOSÉ ZAMORA GRANT Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JUSTICIA PENAL

Cuando en Teoría del Estado se habla de Modernidad, se hace alusión a aquella forma de organización política que con sus diversos matices se vive desde hace más de 200 años. Su origen habrá de buscarse principalmente en los postulados filosóficos de los pensadores ilustrados que poco a poco fueron, de alguna manera, estableciendo las bases sobre las cuales se sustentó el Estado moderno. Tales postulados en principio se constituyeron como sendas manifestaciones en contra del antiguo régimen y las prácticas imperantes, de la forma de producción y repartición de la riqueza y de la concepción misma del hombre. Aunado a tales postulados se conjugaron acontecimientos sociales cuya relevancia trascendió en el cambio de instituciones y de organización política.[45]

La formulación pragmática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, en el marco de una concepción liberal del Estado y del derecho, se basaba en un principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de poderes:[46]

1) La base de la justicia humana es la utilidad común; la idea de utilidad emerge de la necesidad de mantener unidos los intereses particulares por sobre los conflictos generados por lo que Rousseau concibió como el estado de naturaleza.
2) Del principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número y de la idea del contrato social se sigue que el criterio de la medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que

44 *Ibíd*
45 ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano,* Instituto. México, Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 93.
46 *Ibíd*.

ella implica, mientras la exclusión de la pena se hace derivar por César Beccaria de la función misma del contrato social, con la cual ella contrastaría lógicamente, ya que es impensable que los individuos pongan espontáneamente en el depósito público no sólo una parte de su propia libertad, sino su existencia misma.

3) De la idea de la división de poderes y de los principios humanitarios iluministas se deriva, enseguida, la negación de la justicia de gabinete, propia del sistema inquisitivo, la negación de la práctica de la tortura, así como la negación de la idea de salvaguardar los derechos del imputado por medio de la actuación de un juez obediente, no al Ejecutivo, sino a la ley.[47]

Por otro lado, si bien la influencia de la sociología del conflicto en materia político criminal es de naturaleza crítica y evidenció a la ley penal como instrumento parcial que beneficiaba a unos cuantos sobre los otros, las alternativas de solución generadas observan que es la propia ley la que se debe encargar de equilibrar las diferencias, aun cuando la decisión de política criminal se materializa a través de la ley misma; si la ley es la que motiva los desequilibrios, entonces es la propia ley la que puede nivelarlos. Sobre la premisa de que la gente en contacto con la justicia penal es vulnerable, por lo general marginada social, cultural y económicamente, no importa si se es imputado o víctima de delito, resulta fácil reconocer a quienes han sido la clientela del delito y de la justicia penal.[48]

En conclusión, cuando se habla de instituciones públicas e incluso privadas, éstas deberán responder a los principios que estructuran y dan vida al Estado moderno. Y las instituciones de cualquier otra época deberán a su vez ser estudiadas al amparo de la ideología política entonces imperante. Por tal razón, se habla de Derecho penal moderno.[49] Así, al hablar de sistema penal, se hace referencia a aquel que se estructura, evidentemente, a la luz de la modernidad. Las ideologías y los movimientos políticos crean realidad.

47 *Ibíd*.

48 ORTIZ ORTIZ, Serafín (Coordinador), *Garantismo y política criminal.* Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico Políticas (CIJUREP), Coordinación de Publicaciones, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2013, p. 51.

49 *Ibíd*.

Conforman, interrelacionados con otros factores, las actitudes y los comportamientos históricos de los individuos en sociedad. Por ello, la comprensión de tales fenómenos —políticos e ideológicos— es imprescindible para sociólogos, politólogos, historiadores, juristas y cualquier investigador social, por la proyección social que los mismos implican en el ámbito que les interesa.[50]

El cúmulo de la legislación penal en nuestro país debe buscar su origen en las normas constitucionales que les da vida. Así, múltiples artículos constitucionales se refieren a la materia penal. Del artículo 13 al 23, constituyen en sí las garantías de seguridad jurídica; ello sin dejar de reconocer que los artículos que contienen las garantías de igualdad, libertad e incluso de propiedad, son base primordial no sólo de la legislación penal sino de todo el derecho Penal en su conjunto. Pero, además de estos artículos que de sí conforman la parte dogmática de nuestra Constitución, existen otros de carácter orgánico por los que se estructura el Poder Judicial de la Federación, cuyo ejercicio se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. Asimismo, no se puede dejar de mencionar el artículo que da vida al Ministerio Público Federal. Y con ellos algunos otros que de alguna manera tienen inferencia con lo penal.[51]

VII. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

Serafín Ortiz Ortiz, en su obra *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, subraya que ante los cambios que se presentan en el mundo y en el desarrollo de la ciencia jurídica, no es jurista quien no es argumentista. También sostiene que a la luz del neoconstitucionalismo, en México se vive una debida, correcta y ponderada interpretación de los principios de la Constitución; el Estado mexicano es un Estado constitucional de derecho, y es precisamente en este modelo donde se incuba el contexto histórico y concre-

50 *Ibíd.*
51 *Ibíd.*

to de la argumentación jurídica.[52]

Ortiz Ortiz destaca por haber sido uno de los pioneros en el país en abordar el estudio y análisis de la argumentación jurídica, que permitió cambiar el concepto de la función de los juristas en torno a que sólo eran vistos como interpretadores de leyes,[53] principalmente en la actualidad en la que se viven continuos cambios e innovadoras perspectivas para el estudio y la práctica jurídica.

El autor señalado apunta que la teoría de la argumentación jurídica es añeja en Europa y novedosa en el país, siendo una aportación de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (UAT) desde hace 20 años y de reciente estudio por juristas del Poder Judicial. También sustenta que la argumentación jurídica se encuentra íntimamente ligada a valores, normas y hechos. Asimismo, destaca que, en la actualidad, aquellos que promueven leyes —refiriéndose a los legisladores— deben saber hacia dónde se dirige el propósito de la ley, y qué se quiere al crearla, dando ejemplos polémicos como el aborto y la pena de muerte.[54]

Con frecuencia, se sostiene que la fundamentación de un fenómeno reside en su construcción histórica. De esta forma, encontrar los fundamentos del derecho implicaría ir a los orí- genes de las relaciones sociales y descubrir los primeros comportamientos normados; contemporáneamente, se sostendría también que los fundamentos de la ciencia jurídica se encuentran en las corrientes del pensamiento iniciadoras de la sistematización científica.[55]

Serafín Ortiz expone en su obra que el estudio de los fundamentos del Derecho tratan de otro asunto, no de la fundamentación teórica, sino de la fundamentación epistemológica, es decir, es el contexto de la teoría del conocimiento jurídico donde se pretenden caracterizar los rasgos que particularizan a la argumentación jurídica, la determinación de sus niveles epistemológicos, el estatuto epistemológico al que corresponde la argumentación jurídica, su delimitación y, sobre todo, su especialidad como teoría.[56]

52 ORTIZ ORTIZ, Serafín, *Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica.* México, Editorial Porrúa, 2014, Introducción.
53 *Ibíd.*
54 *Ibíd.*
55 *Ibíd.*
56 *Ibíd.*

Las primeras reflexiones en el mundo sobre la construcción de una teoría de la argumentación jurídica se formularon hace tres décadas; estas ideas se desarrollaron en principio en el contexto europeo, concretamente en Alemania, donde hace poco más de dos décadas aparecieron los trabajos iniciales para estructurar nuevas construcciones en la teoría del derecho, dando paso así al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, teniendo como referente la primera edición del libro de Robert Alexy, denominado *Teoría de la Argumentación Jurídica.* Por su parte, en México, hace apenas una década surgió interés en incursionar en el estudio de la teoría de la argumentación; en este contexto, destaca el trabajo del Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, uno de los primeros centros de enseñanza e investigación jurídica donde se aborda, estudia, estructura y difunde el tema de la argumentación jurídica como disciplina del saber jurídico; es necesario reconocer que en México, esta Universidad y el posgrado jurídico que en ella se imparte, son fundadores de esta disciplina.[57]

En su obra, Ortiz Ortiz advierte que el proceso de transformación social nos ha situado en otro escenario del desarrollo de la misma sociedad mundial, y particularmente, es notorio que quienes se ocupan de la revisión de las transformaciones sociales, han fijado su posicionamiento de acuerdo con la percepción que tiene de estas etapas de mutación o metamorfosis del desarrollo de la sociedad.

En este punto, a quienes sean partidarios de esta visión reconstructiva de la sociedad, en las consabidas etapas de la Antigüedad, la Edad Media y la Modernidad, se recomienda la revisión de los trabajos de Perry Anderson, de la década de los 90 del siglo pasado, con una carga del revisionismo del materialismo histórico; a su vez, habría que revisar la construcción de Boaventura de Souza Santos, que tiene una visión diferente inscrita en una perspectiva de una modernidad inconclusa, surgida desde el siglo XVI y que se proyecta hasta nuestros días con el mismo autor. Resultaría interesante también en el sentido que para él tiene el derecho y sus justificaciones en el marco de la globalización, particularmente cuando De Souza Santos identifica lo que llama el

57 *Ibíd.*

consenso del Estado de derecho con la justicia.[58]

VIII. REFLEXIONES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE RAÚL ÁVILA ORTIZ

En un primer acercamiento teórico, y acudiendo a una de las fuentes doctrinales más relevantes y autorizadas inspiradoras en México del nuevo paradigma, es decir, Luigi Ferrajoli, se tendría que asumir que el nuevo enfoque epistémico, teórico y metodológico es el normativismo crítico, que influye en el garantismo jurídico y el neoconstitucionalismo, que a su vez comparten caracteres. Dicho en breve, el normativismo crítico sustituye al normativismo o positivismo formalista, al asumir, por una parte, la dimensión formalista de los conceptos de validez y democracia, mientras que lo corrige y supera al incorporar los conceptos de validez y democracia sustancial o de contenido, rigidez constitucional y derechos humanos fundamentales.

Los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, individuales y colectivos quedan garantizados por los principios de la democracia constitucional, de la división de poderes y la Constitución institucionalizada hasta la tutela judicial efectiva.

El Estado de legalidad, interesadamente ajeno a los contenidos de la Constitución, viene a ser llenado por los principios y reglas en clave democrática, propios del Estado constitucional, lo que incluye la garantía estructural y procesal de los derechos.[59]

Si en el Estado constitucional los derechos fundamentales son la piedra angular, y la Constitución será normativa por cuanto tendrá que ser cumplida formal y sustancialmente, entonces principios tales como la democracia representativa y participativa, división de poderes, legalidad, federalismo,

58 *Ibíd.*

59 ÁVILA ORTIZ, Raúl, "Historia y derecho en México: reflexiones para su reinterpretación desde el constitucionalismo garantista", México, en Carbonell, Miguel, y Cruz Barney, Óscar (Coordinadores), *Historia y Constitución. Estudios en homenaje a José Luis Soberanes Fernández,* UNAM, 2015. pp. 35 y 36.

control judicial constitucional, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, serían parte de las garantías normativas secundarias para asegurar su efectividad, y así deberán ser interpretadas. La independencia judicial y el papel creativo, interpretativo y argumentativo de los jueces, en particular del juez constitucional, resultan sobresalientes. Más que Constitución —reflejo de las aspiraciones de una comunidad nacional integradora histórica, territorial y culturalmente—, se trata de un conjunto de garantías de diversa fuente jurídica e institucional que asegure la efectividad multidimensional (en cualquier parte del planeta) para los seres humanos, de principios tales como el derecho a la libertad y la igualdad efectivas, todo lo cual queda asegurado, en última instancia, por el poder de la justicia constitucional nacional reforzada por la garantía de la justicia meta–nacional.[60]

Ávila Ortiz sostiene que el nuevo ciclo del constitucionalismo mexicano ubicado en el gozne que abre la puerta del siglo XXI, corresponde al constitucionalismo cultural.

El autor propone que el constitucionalismo cultural expresa, al mismo tiempo, la cristalización de tendencias formadas durante los dos últimos siglos y la transición hacia una forma de Estado plenamente democrática, que incluye la normativización y consecuente tutela constitucional integral de los derechos e intereses humanos indispensables para la realización plena del hombre en sus multifacéticas interacciones sociales.[61]

Si se afirma que el constitucionalismo mexicano está ingresando en una nueva etapa de su evolución ¿cuáles son las etapas y ciclos previos, y cuáles los elementos que los han confirmado? Ávila Ortiz, al revisar la bibliografía, construye una tipología de los ciclos constitucionales en el mundo occidental a partir de dos criterios: el de los acontecimientos histórico-políticos y elementos propios de los modelos constitucionales basados en las formas de Estado y formas de gobierno, democráticas en un extremo y autoritarias en otro, y el criterio de los acontecimientos histórico económicos relacionados

60 *Ibíd*.

61 ÁVILA ORTIZ, Raúl, "Constitucionalismo cultural: hacia una nueva etapa constitucional en México", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coordinadores), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* T. III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001. p.153

con el planteamiento de las revoluciones científicas y tecnológicas, y que tienen estrecha vinculación con la evolución de los derechos humanos.[62]

En el caso de México, el constitucionalismo de la democracia racionalizada se expresa ya en la Constitución de 1917, que terminó por invertir, previo del restablecimiento del Senado en 1874, el severamente unicameral énfasis parlamentarista de la Carta de 1857, al privilegiar un sistema de gobierno presidencial fuerte; afirma su original sentido democrático social en el periodo cardenista al incorporar algunos principios del socialismo en ascenso y lo conjuga con el esquema autoritario corporativo sin negar el formato liberal, para avanzar en plena Segunda Guerra Mundial hacia un singular híbrido en el que la tensión entre autoritarismo, socialismo y liberalismo fue administrada sexenalmente mediante el eje formado por la figura crecientemente poderosa del líder presidencial, sostenido en el paraguas corporativo, encabezado por un partido hegemónico, estratégicamente tolerante de los flujos organizativos de oposiciones débiles, en realidad iniciados en los reflujos de las propias segregaciones sexenales de aquel partido.[63]

Si se toma para México el criterio de referencia de la historia política y los modelos constitucionales, se estima que puede sostenerse que la forma de Estado, sobre todo a través de la vía político–electoral, ha experimentado una significativa democratización en los últimos lustros, a la vez que la forma de gobierno muestra y tiende a profundizar nuevos equilibrios en la relación entre poderes y nuevos órganos constitucionales. Sin embargo, habría también que hacer nota que, en los últimos 10 años, junto al reforzamiento de los derechos político- electorales, también se ha avanzado en la teorización, legislación e incluso jurisdiccionalización de los derechos culturales y de tercera generación, al grado de que vigorosas corrientes sociales y especialistas jurídicos se pronuncian por un cambio profundo de paradigma del Estado nacional al Estado multicultural.

Si la historia económica convencional no es claramente aplicable a México, también debe ponderarse que los ciclos de ascenso y descenso de la economía mundial, lo mismo que los impactos de las revoluciones científicas

62 *Ibíd*.
63 *Ibíd*.

y tecnológicas, y las tres generaciones de derechos humanos, se manifiestan en forma refleja y con un desfase no mayor a los 30 años respecto a los centros en que se han generado aquellos impulsos.[64]

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

ÁVILA ORTIZ, Raúl, "Constitucionalismo cultural: hacia una nueva etapa constitucional en México", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coordinadores), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* T. III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

_____, "Historia y derecho en México: reflexiones para su reinterpretación desde el constitucionalismo garantista", en Carbonell, Miguel, y Cruz Barney, Óscar (Coordinadores), *Historia y Constitución. Estudios en homenaje a José Luis Soberanes Fernández,* México, UNAM, 2015.

CARBONELL, Miguel (Coordinador), *Neoconstitucionalismo(s),* México, UNAM-Editorial Trotta, 2003.

_____, "El nuevo constitucionalismo mexicano", ponencia en *La reforma del Estado y el nuevo federalismo,* Memoria del Primer Congreso Nacional, Oaxaca, Comisión Especial para la Reforma del Estado de Oaxaca, 2007.

_____, *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid, Editorial Trotta, 2007.

_____, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Serie Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Editorial Trotta, 2009.

_____, "¿Qué es el Neoconstitucionalismo?", artículo en revista *El mundo del abogado,* Año 15, Número 162, México, 2012.

_____, "Reforma al artículo primero constitucional", artículo en línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en *http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_reforma_al_articulo_1.pdf*

64 *Ibíd.*

_____, "Resolución a la contradicción de tesis 293/2011, SCJN", artículo en el blog del autor, México, 2014, en línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en *http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Resoluci_Contradicci_n_de_tesis_293_2011.shml*

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), El canon neoconstitucional, México, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coordinadores), La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma", México, Editorial Porrúa-UNAM, 2012.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, Una constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012. En línea, fecha de consulta: 14 de junio de 2019. Disponible en http://132.247.1.49/BibliotecaV2/Documentos/Ombudsman/Libros/jaimecardenas.pdf

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Dogmática constitucional y régimen autoritario, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.

_____, Sistemas y modelos de control constitucional en México, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

DURÁN MOLINA, Gonzalo Eolo, "La Constitución como norma positivista cuyos mandatos, reglas, principios y valores deben ser cumplidos irrestrictamente por todos los miembros de la sociedad y en especial por las autoridades que conforman los órganos del Estado", Yucatán, entrevista en revista Justicia en Yucatán, Número 41, octubre-diciembre de 2014, Poder Judicial del Estado de Yucatán, 2014.

LIJPHART, Arend. En línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en: https://beersandpolitics.com/entrevista-a-arend-lijphar

LUHMANN, Niklas. En línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en: https: www.infoamerica.org/teoría/lughmann1.htm.

ORTIZ ORTIZ, Serafín (Coordinador), Garantismo y política criminal, Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico Políticas (CIJUREP), Coordinación de Publicaciones, Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2013.

_____, Fundamentos de la teoría de la argumentación jurídica, México, Editorial Porrúa, 2014.

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Camino a la democracia constitucional en México", artículo en revista Isonomía, número 36, México, 2012, en línea, fecha de consulta: 14 de junio de 2019. Disponible en: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia36/Isono_366.pdf

SALAZAR UGARTE, Pedro, "Poder Judicial: ¿Hacia atrás o hacia adelante?", artículo en revista Nexos, edición electrónica del 1 de julio de 1999, en línea. Fecha de consulta, 14 de junio de 2019. Disponible en http://www.nexos.com.mx/?p=9316

_____ "El Constitucionalismo Latinoamericano Ante El Paradigma Neoconstitucionalista, Retos Desde La Realidad Política A Una Teoría Progresista" En línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2009-numero-34-2080dsID=Documento.pdf

ZAMORA GRANT, José, Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

_____, Justicia penal y derechos fundamentales, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

DISCURSOS

1) Discurso pronunciado por el Dr. Serafín Ortíz Ortíz el día de la presentación de su obra "Fundamentos De La Teoría De La Argumentación Jurídica" Tlaxcala, México 2014. En línea, fecha de consulta 14 de junio de 2019. Disponible en: http://www.zonacritica.mx/nota.php?id=10639

Recepción: 08-06- 2022 / Dictamen: 17- 06-2022