

# INFORME DEL CURSO DE POSTGRADO EN DERECHO “EL CONSTITUCIONALISMO DEL ESTADO SOCIAL”

**Jorge Roberto Ordóñez Escobar.**

*“Hay un principio esencial del régimen de las constituciones escritas, porque sin acatarlo toda la Constitución se desvanece, y es el de que todo poder es limitado; borrado el principio no queda más que el absolutismo, que no necesita ni consiente Constituciones.”*

*Emilio Rabasa.*

El progresivo afianzamiento de las constituciones de nuestro tiempo ha ido generando un nuevo paradigma jurídico y político que comporta transformaciones muy profundas sobre el modo de entender numerosas instituciones jurídicas, políticas y sociales. En particular, comporta cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción, entre legisladores y jueces, en el alcance de la democracia y los derechos, en las exigencias de eficacia de los derechos sociales, en los modos de argumentación y, en suma, en la forma misma de concebir el estado de derecho, no solo en su concepción tradicional, sino en su vertiente social y democrática. Por ello, y por los contenidos del programa y el claustro de profesores que lo impartieron, aunado al prestigio de la Universidad de Castilla La Mancha en este campo, es que elegí el curso sobre el que informo,

agradeciendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la oportunidad de asistir y la beca con que me distinguió.

El curso pretendió reflexionar sobre temas sumamente importantes de las áreas de derecho del trabajo, el derecho constitucional y la filosofía del derecho, imbricadas en una sola línea de confluencia, el Constitucionalismo y el Estado Social y democrático de Derecho. El claustro de profesores que lo impartieron, aunado al prestigio de la Universidad en este campo ha contribuido a mejorar la forma en que, desde mi perspectiva, analizo los diversos asuntos competencia de este Alto Tribunal en los que, por razones de trabajo, me toca intervenir. Estoy convencido de que todos los operadores jurídicos –y, en particular, quienes estamos relacionados con la función jurisdiccional– debemos formular nuevos paradigmas interpretativos que nos permitan entender correctamente la transformación del papel que corresponde a la Constitución en un contexto democrático.

Bajo esas premisas, debo decir que el curso se dividió, básicamente, en dos partes fundamentales: una, la vertiente del Derecho del trabajo, desde la cual fueron analizados temas como el

Estado Constitucional, la Justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la libertad sindical, la seguridad social, la globalización, la ciudadanía, la responsabilidad social de la empresas y otros relacionados con el derecho laboral, desde la perspectiva del constitucionalismo; la otra, la de la filosofía del derecho y el derecho constitucional, desde la que fueron analizados temas tales como Estado social y globalización, multiculturalismo y ciudadanía, garantías de racionalidad en la prueba y rechazo de la prueba ilícita, constitucionalismo y argumentación jurídica, entre otros que se suscitan desde la perspectiva del neoconstitucionalismo.

Hay quienes afirman que el constitucionalismo es una disciplina para constitucionalistas interesados en la filosofía del derecho, o bien, para filósofos del derecho interesados en el derecho constitucional. Lo cierto es que los temas del constitucionalismo imbrican de tal modo los nodos fundamentales del estado constitucional, que prácticamente tienen que ver con cualquier tema que se le relacione. Pues bien, conviene poner en claro, inicialmente, los términos utilizados, a fin de poder tratar, sin pretensión de exhaustividad, sino, precisamente, a manera de informe, algunos temas vistos en el curso, que pueden resultar interesantes para quien se sirva consultar estos trabajos.

El constitucionalismo, para decirlo en los términos de Luigi Ferrajoli<sup>1</sup> es “el horizonte axiológico que se impone a los juristas en su trabajo”.<sup>2</sup> Para Peter Häberle, a partir del constitucionalismo, “la constitución no se limita a ser sólo un conjunto de textos jurídicos, a un mero compendio de reglas normativas, sino [que es] la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.”

Al Constitucionalismo como teoría, le ha venido siguiendo la pista una nueva corriente a la que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo, o simplemente constitucionalismo, que tiene, en palabras de Luis Prieto Sanchís, la función de aludir, de manera un tanto confusa, a distintos aspectos de una “presuntamente nueva cultura jurídica”; pero que finalmente aluden a tres concepciones principales: la primera, encarna un cierto tipo de Estado de Derecho; en segundo lugar, una teoría del derecho, en específico, aquella teoría para explicar ese modelo de

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid, 1999. p. 157.

<sup>2</sup> “Para la doctrina internacionalista esto supone liberarse de la falacia realista de la reducción del derecho al hecho... y asumir como tarea científica y no sólo política la crítica jurídicas de las dimensiones de invalidez y falta de plenitud del derecho vigente y la formulación de garantías del derecho futuro.”

estado y, finalmente, una ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

Finalmente, en palabras del mismo autor, escuchadas en directo en el curso que se informa, el neoconstitucionalismo es una fusión entre el constitucionalismo norteamericano –que concibe a la Constitución como garantía, que considera natural la garantía jurisdiccional de la Constitución, y sin embargo, es poco ambiciosa desde el punto de vista político (al menos inicialmente)– y el constitucionalismo europeo (la Constitución no es norma de garantía, sino el programa político del pueblo en marcha). Desde esta perspectiva, el poder constituyente es soberano absoluto en términos de Bodino y, por tanto, la voluntad general no se manifiesta en una Constitución, sino en el legislador, en la ley como expresión de la voluntad general, que por lo general no está sujeta a control, pues ello representaría limitar la democracia. Sin embargo, este tipo de constitucionalismo es sumamente ambicioso.

Por tanto, es conveniente analizar al neoconstitucionalismo bajo los siguientes enfoques:

1. Sus características como modelo singular

2. Su impacto en la Teoría del Derecho
3. Su impacto en la Teoría de la Argumentación
4. Su impacto sobre la democracia

Bajo la primera de las perspectivas, como modelo singular, el constitucionalismo nos presenta entonces ante dos tipos de constituciones:

Por un lado, una SUSTANTIVA, que sería un texto con denso contenido material, básicamente de derechos fundamentales; y, en segundo término, una Constitución GARANTIZADA, esto es, que cuenta con exigibilidad. En este tipo de Constitución el Tribunal Constitucional no es la piedra de toque, sino los jueces ordinarios<sup>3</sup>.

La primera de las perspectivas, la de una Constitución sustantiva, es importante porque los derechos fundamentales no solamente le dicen al Poder lo que no puede hacer, sino más importante aún, lo que debe hacer y, por tanto, la segunda de las perspectivas, heredada del constitucionalismo norteamericano, la idea

---

<sup>3</sup> Lo que hace, a mi parecer, indispensable encontrar en nuestro país la manera de conciliar la unidad de la jurisdicción constitucional con la idea de prohibir el control difuso; que, a mi modo de ver, carece ya de sentido.

de la garantía judicial, es también fundamental, pues en tanto que, de Francia hemos heredado el ambicioso proyecto político normativo, la judicialización del conflicto constitucional resulta una idea indispensable para entender los porqués de esta nueva concepción que propone el constitucionalismo.

En este sentido, desde la perspectiva del constitucionalismo europeo se aportan 2 cualidades:

1) UN REPLANTEAMIENTO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN;

2) UN IMPACTO EN LA TEORÍA DEL DERECHO QUE PASA, COMO HE DICHO, POR UN IMPACTO TAMBIÉN EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA.

La primera de las cualidades descritas ha hecho que la moral pública de la modernidad, haya entrado en el derecho y provocado el desbordamiento del derecho constitucional, quizá debido a una nueva

concepción de la propia Constitución<sup>4</sup> y de sus cláusulas materiales, que se caracterizan por:

1. Su carácter normativo, derivado, por supuesto, de una nueva concepción de los textos constitucionales;
2. Su aplicación directa e inmediata;
3. Su garantía judicial;
4. Su denso contenido material;
5. Su rigidez;

Además, dentro del constitucionalismo, los papeles de los integrantes del Estado están perfectamente delimitados, con lo que su impacto en la Teoría de la Democracia también se hace sentir.

El constitucionalismo envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales. El “legalismo” (en el

---

<sup>4</sup> “Ya no puede pensarse en la Constitución como un centro del que todo se derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir.” Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5ª ed., Trotta, Madrid, 2003 (Trad. Marina Gascón Abellán) p. 14.



concepto tradicional de Estado de Derecho), por el contrario, se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discurra dentro de límites compatibles con tal autonomía.]

Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, sigue siendo verdad que en democracia esta concepción es menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen. Por ello, en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir la constitución. En otras palabras, la ley vale “en líneas de principio porque es ley, no por lo que disponga”.

El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto

abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que el texto permite, se deja al legislador.

El legislador debe resignarse, en el mejor de los sentidos, a ver sus leyes tratadas como “parte” del derecho, y no como “todo el derecho” o “El Derecho”. Pero puede pretender, tanto de los jueces como del Tribunal Constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un estado constitucional y democrático.

Por su parte, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho que por mucho tiempo fue desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho Legislativo, es decir, en el Estado de Derecho Tradicional. En la práctica de la aplicación judicial, el carácter “razonable” del derecho se evidencia en sus dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios constitucionales implicados y la búsqueda de la regla aplicable a las

exigencias del caso concreto.<sup>5</sup> Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento que responde a las exigencias del caso.

Cito a Zagrebelsky: “Se debe reconocer que el necesario carácter razonable de la ley<sup>6</sup>, es decir, la relación de tensión entre el caso y la regla<sup>7</sup>, introduce inevitablemente un elemento de equidad en la vida del derecho. Elemento, que el positivismo jurídico hubiera querido eliminar en nombre del valor absoluto de una voluntad cualquiera, con tal que estuviese revestida con la forma legislativa.”

A la magistratura constitucional corresponde necesariamente una posición dual: una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en

---

<sup>5</sup> Según la esquematización de N. MacCormick, *On Reasonableness*, en Ch. Perelman y R. Vander Elst (coords.), *Les notions de contenu variable en droit*, cit., pp.131 ss., se trata de la razonabilidad como cuestión de hecho y de la razonabilidad como cuestión de derecho. Pero la correspondencia no es perfecta, al tratarse de una distinción construida en el seno de la perspectiva positivista y, por tanto, del dualismo hecho-derecho.

<sup>6</sup> Sobre las técnicas a través de las cuales la razonabilidad impone sus buenas razones en la aplicación del derecho, Ch. Perelman, “Le raisonnable en droit et le déraisonnable en droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1978, pp. 35 ss. Citado por Zagrebelsky, op. cit.

<sup>7</sup> Para los fines de lo dicho en el texto, es muy significativo el concepto de “proporcionalidad” que no es más que una variación y una precisión del concepto de “razonabilidad” que encuentra general aplicación en todos los campos del derecho, incluido el control de constitucionalidad de las leyes.

nombre de los principios constitucionales), que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos. Es a la magistratura constitucional a quien le corresponde fijar en definitiva: el contenido y alcance de los derechos fundamentales, el alcance de los principios políticos establecidos en la Constitución y la implicación que tienen las entidades, ordenes y órganos de gobierno que la propia Constitución establece.

Estas características y circunstancias, han determinado un cambio en la teoría del derecho que a continuación trataré de explicar.

## IMPACTO EN LA TEORÍA DEL DERECHO

El constitucionalismo representa un fenómeno cultural y político, propio del mundo moderno, que hace efectivos los postulados de la filosofía ilustrada y liberal: libertad igualdad y fraternidad. Ello se debe, entre otras cosas, a que alude a un modelo de organización jurídica, a un Derecho existente o que pretende existir<sup>8</sup>. Por constitucionalismo, entonces, como hemos adelantado, no sólo debe entenderse cualquier sistema político dotado de un texto más o menos solemne o rígido

---

<sup>8</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Biblioteca de Ética, Filosofía y Política. Núm. 60. Fontamara, México, 1997.

llamado Constitución o Ley Fundamental<sup>9</sup>, ni siquiera cuando en dicho texto se diseñe un régimen basado en la separación de poderes, el respeto a las libertades públicas o el gobierno representativo<sup>10</sup>. Por el contrario, la idea de constitucionalismo, debe usarse como noción superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contraposición al modelo del liberalismo decimonónico, pues su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de leyes.<sup>11</sup>

La constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente **principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores**: la Constitución en términos rigurosos “es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes”.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Sobre la distinción entre Constituciones normativas, nominales y semánticas, *vid.* K. Lowenstein, 1969, p. 218 y s.

<sup>10</sup> MacCormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, University Press. 1994, p. 200.

<sup>11</sup> Troper, M. “Le probleme de l’interpretation en la theorie de la supralégalité constitutionnelle”, en *Recueil d’études en hommage á Charles Eisemann*. Cujas, Paris, 1988, p. 62.

<sup>12</sup> Rubio, F. “La Constitución como fuente del derecho” en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979, p 62.

A partir de esta afirmación se ha podido decir que “el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo”,<sup>13</sup> pues el papel que desempeñaba en otros tiempos el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador. Por consecuencia, el debate sobre justicia y legalidad, se traslada igualmente a este campo.

Con el constitucionalismo el legislador deja de ser el dueño absoluto del Derecho y el juez sale de la disyuntiva entre ser “boca muda” o “juez legislador”; con lo que la moral ya no penetra en el derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su interpretación y aplicación.

De esta manera, el constitucionalismo se constituye en una crítica al positivismo tradicional que sigue, ahora, las siguientes premisas:

1. Más principios que reglas;

---

<sup>13</sup> Dreier, Ralph. “Derecho y Moral” en *Derecho y Filosofía*. E. Garzón Valdéz (compilador). Ed. Alfa. Barcelona, 1981, p. 74.

2. Más ponderación<sup>14</sup> que subsunción
3. Omnipresencia de la Constitución en lugar de espacios exentos para el legislador (no existen problemas penales, civiles, etc.; sino solo constitucionales. Existe un condicionamiento de todo el ordenamiento jurídico a la constitución).
4. Omnipotencia judicial en lugar de inmunidades de poder.
5. Coexistencia de una constelación de valores y principios en vez de un monolitismo ideológico<sup>15</sup> (Cuando entran en contradicción normas constitucionales no puede ocurrir que una no sea válida)

Para ponderar hay que subsumir en dos sentidos

*Ex ante* es necesario determinar si 2 normas constitucionales son aplicables al caso concreto y, luego, que sea discutible la aplicación, es decir, la formulación de de un juicio de valor a este

---

<sup>14</sup> Herramienta para dotar de alguna racionalidad al tránsito entre el juicio de aplicación *prima facie* de una norma constitucional y el definitivo acerca de cual no debe triunfar.

<sup>15</sup> Guastini la ha definido como jerarquía móvil.

respecto; y luego de esta ponderación hay que subsumir nuevamente.

Ponderar, entonces, implica:

Subsumir

Ponderar

Subsumir.

Ponderar requiere de cuatro pasos argumentativos (que no funcionan igual entre particulares que entre poderes públicos), que son necesarios para llevar a cabo esta operación:

1. La existencia de un fin legítimo, para que se pueda intervenir en la esfera de las libertades. Debe existir este fin para limitar un derecho.

2. Juicio de adecuación. Determinar en que medida la limitativa del derecho fundamental es adecuada al fin.

3. Juicio de necesidad. Que la medida limitativa solo es legítima si no existe una medida que puede ser menos lesiva.



4. Juicio de proporcionalidad. A mayor grado de afectación del principio constitucional mayor cantidad de razones se deben ofrecer para llevar a cabo el balance.

## **IMPACTO EN LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA.**

Las constituciones influyen en la democracia de un país de diversas maneras: generando estabilidad para las instituciones políticas; protegiendo los derechos de todos, particularmente los de las minorías; manteniendo la neutralidad en los procesos de creación de las leyes, proporcionando a los ciudadanos los instrumentos para exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos; y, principalmente –por supuesto entre muchos otros aspectos– creando un gobierno eficaz.<sup>16</sup>

La expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, no es muy común en el lenguaje de los juristas, ni tampoco unívoca, pero siguiendo al mismo Guastini, que retoma a Louis Favoreu, por constitucionalización del ordenamiento jurídico debemos entender: un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el

---

<sup>16</sup> Dahl, Robert. *La Democracia. Una guía para los ciudadanos*. Traducción de Fernando Vallespín. Taurus, Pensamiento; México, 1999, págs. 144-147.

ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento constitucionalizado, en este sentido, sería un ordenamiento tal que su constitución fuera sumamente “invasora”, “entrometida”, condicionante de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, de la acción de los actores políticos y de las relaciones sociales.

Para saber si un ordenamiento está más o menos constitucionalizado,<sup>17</sup> está condicionado al cumplimiento, en mayor o menor medida, de las cuestiones siguientes:

1. Una constitución rígida.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución.
4. La sobreinterpretación de la Constitución.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales.

---

<sup>17</sup> Guastini señala que el concepto no es bipolar, sino que acepta puntos intermedios. Guastini, op. Cit. P. 50.

6. La interpretación conforme de las leyes.

7. La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.

### **A modo de conclusión.**

En resumen, el constitucionalismo, representa tal vez la fórmula política menos complaciente con quienes ejercen el poder, sometiendo su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales; de manera que ninguna norma o decisión es válida ni, mucho menos, justa por el simple hecho de proceder de autoridad legítima, si no resulta además congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales. Incluso, en su sentido más amplio, el constitucionalismo se opone al despotismo en cualquiera de sus formas.

El constitucionalismo post positivista, ha venido a darle respaldo o cobertura teórica a esa afirmación que casi todos sabíamos o intuíamos: que cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales. Por lo que resulta lógico que en el

razonamiento jurídico se conjuguen argumentos procedentes del Derecho estricto, con otros derivados de la filosofía de la justicia.

Desde esa perspectiva, el constitucionalismo ofrece una opción factible para la realización de los ideales de justicia, para dar respuesta, al menos, a muchas de las concepciones que sobre la justicia se han hecho:<sup>18</sup> la justicia como título (en relación con la propiedad); como derechos (en la que quedaría incluida la concepción de justicia como derechos humanos); como equidad (como condición de bienestar); como eficiencia (Posner); como mérito (Sadursky y la remuneración); como crítica (Marx y la explotación); como democracia, etcétera.

En palabras de la Ministra Olga Sánchez Cordero: “La legalidad tajante puede convertirse, sin duda, en un escudo que refugie muchos de los vicios más deleznable de un régimen jurídico. Puede ser también una gran pantalla para la opresión y convertir a las leyes vigentes en herramienta que menosprecie la justicia individual; puede mistificar una ideología y entronizarla. Pero lo que no puede hacer es convertirse en el único referente para la justicia.”

---

<sup>18</sup> Vid. Campbell, Tom. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Tr. Silvina Álvarez. Gedisa, Barcelona, 2002.

“Las constituciones modernas y los regimenes políticos que regulan, reclaman poner sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista. Reclaman de los postulados del constitucionalismo para sobrevivir y sobre todo para evolucionar. Requieren del nuevo aire que puedan proporcionarles los principios constitucionales. Necesitan urgentemente terminar con el legalismo.”<sup>19</sup>

“Si hay algún aspecto del positivismo que aparezca claramente lesionado por la justicia constitucional, este es el conocido con el nombre de legalismo, esto es, aquella tesis que hace de la ley la única o, en todo caso, la suprema fuente del derecho.”<sup>20</sup>

Ello por supuesto, traerá nuevas discusiones en torno a la discrecionalidad de los jueces que interpretan y aplican esos principios constitucionales, en torno al desplazamiento de la discrecionalidad del legislativo al judicial que supone la rematerialización de las constituciones a través de los principios y la importancia de comenzar

---

<sup>19</sup> *Meditaciones sobre la justicia y el derecho*. PARTICIPACIÓN EN EL CURSO DE APOYO ACADÉMICO A LOS CURSANTES DEL DOCTORADO EN DERECHO “VISIÓN DE MÉXICO DESDE LA UNIVERSIDAD. (ANÁLISIS JURÍDICO DEL SIGLO XX)”, EN EL AUDITORIO “ANTONIO MARTÍNEZ BÁEZ” DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM, EN CIUDAD UNIVERSITARIA, DISTRITO FEDERAL, EL 4 DE DICIEMBRE DE 2003.

<sup>20</sup> Prieto Sanchís, Luis. “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”. *Teoría de la Constitución*. Carbonell, Miguel, comp. Porrúa, México, 2000.

a definirlos, no solo enunciativamente, sino dotándolos de contenido. Traerá, por supuesto, discusiones en torno a una nueva forma de hacer justicia fundada en los principios y normas de la Constitución.

Es evidente que la tensión entre justicia y derecho puede ser que no quede zanjada nunca; sin embargo, el constitucionalismo es un buen principio para intentarlo, sin que ello implique reconocer una nueva discrecionalidad en los jueces, puesto que se pretende que la discrecionalidad del legislador, que tradicionalmente ha sido inmotivada, deje paso a una nueva discrecionalidad que pretende del juez una depurada argumentación racional. Aquí, por último, está el impacto en la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ).

La TAJ, que junto con el galantismo se perfila como la teoría descriptiva del derecho en el constitucionalismo, puede servir a la práctica, particularmente a la práctica judicial, en dos sentidos: por una parte, como teoría descriptiva, puede contribuir a que los juristas seamos más conscientes de nuestro propio quehacer; pero como teoría prescriptiva, la TAJ puede aportar herramientas muy útiles, pues desde esta perspectiva no se dedica a describir y sistematizar la forma de decisión de los jueces, sino que va más allá: nos dice cómo deben

decidir en los casos difíciles, proporcionando una serie de herramientas que van desde las herramientas de la retórica, hasta las de la propia filosofía jurídica. Al aconsejar a los juristas que al decidir adopten criterios consecuencialistas y de universalidad del precedente, al proporcionar instrumentos útiles de consistencia y coherencia, la TAJ está proponiendo una nueva forma de hacer derecho que puede revolucionar los cauces tradicionales.

La Constitución ha dejado de ser norma suprema en el sentido Kelseniano y ha venido a transformarse en una condicionante de la labor de todos los operadores jurídicos, a fin de configurar en, su conjunto, el orden social. La función política de la Constitución ha dejado de ser un límite al poder para convertirse en un verdadero instrumento modelador del orden social. “La justicia ha abandonado el campo de lo utópico para centrarse en todas nuestras realidades por medio de la Constitución.”<sup>21</sup>

Agradezco a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la oportunidad de mejorar mi preparación con esta beca.

---

<sup>21</sup> Sánchez Cordero De garcía Villegas, Olga. Discurso inaugural en la cátedra Eduardo Elizondo del ITESM, Monterrey, México, 28 de octubre de 2005.