

EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DIVERSIFICADO*

The Exercise of The Public Power of The Constitutional Judge Diversified

Julio César MUÑOZ MENDIOLA**

Sumario:

I. Explicación introductoria II. Diseño institucional constitucional III. la función del ejercicio del poder público del juez constitucional IV. Conclusión: un nuevo rol del juez constitucional V. Bibliografía

Resumen: *Este trabajo sostiene como tesis central que el ejercicio del poder público a cargo del juez constitucional se ha diversificado en el Estado constitucional, por ende, no solo representa el argumento contramayoritario, sino que está compuesto por tres tareas adjudicativas primarias y cuatro funciones específicas. Esta diversificación colocará al juez constitucional con un rol fundamental para propiciar una igualdad institucional entre poderes y órganos estatales.*

Palabras clave: *Estado constitucional, juez constitucional, ejercicio del poder público, igualdad institucional.*

Abstract: *The central thesis of this paper is that the exercise of public power by the constitutional judge has diversified in the constitutional State, and therefore, not only represents the counter-majoritarian argument, but is composed of three primary adjudicative tasks and four specific functions. This diversification will place the constitutional judge with a fundamental role to promote institutional equality between powers and state organs.*

Keywords: *Constitutional State, Constitutional Judge, The Exercises Public Authority, Institutional Equality.*

I. Explicación introductoria

Al hablar de la función del ejercicio del poder público a cargo de un juez constitucional, en la actualidad¹, tendría que mencionarse una serie de tareas adjudicativas y funciones

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Legitimidad democrática del juez constitucional a través de su función. Análisis de casos paradigmáticos» (Proyecto de investigación 896044, 2018-2020) de la Universidad Nacional Autónoma de México, financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México.

** Licenciado y maestro por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Académico en formación y abogado constitucionalista postulante. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>. Mail: julioderecho@comunidad.unam.mx

¹ En lo subsiguiente emplearé el término de *juez constitucional* o *magistratura constitucional* de manera indistinta, pues no podría entenderse una magistratura constitucional sin jueces constitucionales y viceversa. Asimismo, cabría hacer una delimitación en que este trabajo se centra únicamente a las magistraturas constitucionales que representan materialmente la instancia final de decisión constitucional

específicas, en oposición a considerar que ese ejercicio solo representa una función de contrapeso frente a los otros poderes y órganos estatales. Cuestión que se relaciona, en gran medida, con la concepción decimonónica que se tiene del principio de la división de poderes. En ese sentido, un primer punto a considerar es que las magistraturas constitucionales regularmente representan, materialmente, la instancia final de decisión del sistema jurídico. Ello, con independencia del nombre que se le dé a ese órgano; su adscripción o no al poder Judicial; y del tipo de revisión constitucional que se ejerza en el sistema jurídico.

Por tanto, una magistratura constitucional se verá como un órgano con gran poder dentro del sistema jurídico, sobre todo, por su naturaleza marcadamente de superestructura: ya que se encontrará separada del sentir popular inmediato y de la interpretación que hacen los órganos políticos de ella². Lo cual reforzaría la idea de que es el contrapeso más claro frente a un gobierno que no es consecuente con un proyecto constitucional. Precisamente, esa concepción es la que me interesa reformular, ya que si bien la función contramayoritaria es fundamental para *racionalizar constitucionalmente* al gobierno en turno y a todos los poderes y órganos estatales³, también resulta cierto que esta función representa solo una faceta de tantas que tiene a su cargo un juez constitucional.

Así, cabría preguntarse: ¿cuáles son esas tareas y funciones que integran el ejercicio del poder público a cargo de un juez constitucional? y ¿qué podría entenderse por una igualdad institucional de poderes y órganos estatales? Cuestionamientos que se responderán mediante un razonamiento analítico y bajo una ruta metodológica a partir de los siguientes objetivos: 1) me avocaré a señalar algunos presupuestos y elementos del diseño institucional del Estado constitucional, y cómo este diseño contempla una nueva división de poderes, en donde una magistratura constitucional bien puede representar un órgano constitucional autónomo; 2) propondré que el poder público a cargo de un juez constitucional está *diversificado* en tres tareas adjudicativas primarias y cuatro funciones específicas; y 3) concluiré señalando el rol fundamental del juez constitucional para lograr una *igualdad institucional* en la consecución de los fines constitucionales a cargo de todos los poderes y órganos estatales.

II. Diseño institucional constitucional

El Estado de derecho es un concepto denso al encontrar diferentes significados desde la ciencias jurídica y política, ya que entraña ambigüedades y abstracciones en su sentido

de un sistema jurídico, lo cual excluirá a sistemas en donde no exista tal instancia o se practique una revisión constitucional débil.

² ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales”, trad. de Carbonell, Miguel, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, España-México, Trotta-IIJ UNAM, 2003, p. 96.

³ Con racionalizar constitucionalmente al gobierno, poderes y órganos estatales, me refiero a considerar al Estado constitucional como un sistema, en donde su racionalidad se sustenta y tiene que ser coincidente con los presupuestos de este modelo; es decir, que el poder público está limitado constitucionalmente, pero, a la vez, que este poder trabaje para la concretización de los derechos y la realización de una sociedad democrática mediante sociedades igualitarias e incluyentes.

teórico y práctico. Pero la idea central de limitar al poder público mediante el derecho, igualmente se encontrará en los conceptos de *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Stato di diritto* o *Rule of law*⁴. Por ende, se puede identificar una convergencia en torno a su origen y sus raíces en la historia política y constitucional inglesa, que inició una tendencia en el control del poder político mediante las leyes⁵. Más tarde, bajo las ideas liberales de finales del Siglo XVIII, el Estado de derecho representaría la señal de una *sociedad civilizada* o la existencia de un gobierno de leyes para asegurar la independencia de cada persona⁶.

Ese planteamiento encontraría un punto de convergencia con el entendimiento histórico del constitucionalismo, es decir, con la idea de que la actividad de los órganos del poder, establecidos de modo legítimo, debería estar sujeta a las normas aprobadas de acuerdo con lo determinado por una Constitución⁷. No obstante, también habría una divergencia entre el constitucionalismo norteamericano y continental europeo⁸. Pues en Norteamérica la Constitución y los derechos se concibieron como normas jurídicas superiores garantizadas judicialmente⁹, mientras que, la tradición europea proveniente de la Revolución francesa confió a la ley el reconocimiento de los derechos y su garantía¹⁰.

Por esa divergencia, se puede interpretar un concepto de Estado de derecho tanto en un sentido débil como fuerte¹¹, pero, al mismo tiempo, convergente en la idea primaria

⁴ Sobre las diferentes connotaciones del significado del Estado de derecho, *cf.* ZOLO, Danilo, “The rule of law a critical reappraisal”, en COSTA Pietro y ZOLO, Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, Netherlands, Springer, 2007, pp. 3-17.

⁵ Esa idea, al final, permearía a las estructuras constitucionales norteamericanas y occidentales. *Ibidem*, p. 3.

⁶ Esa concepción, en parte, encierra un significado teórico basado en la retórica y en la razón práctica procedimental. Sobre este análisis *Cfr.* MACCORMICK, Neil “Retorica y Estado de derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 5-21.

⁷ VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 131.

⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos, ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 155-ss.

⁹ Esa cuestión se reafirmaría años más tarde en el célebre caso de *Marbury v. Madison de 1803*. Para un estudio profundo y desde diferentes perspectivas del caso *Marbury*, *cf.* AMAYA, Jorge, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017; MANILI, Pablo, *Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011; SCHOTTEN, Peter, “Marbury v. Madison, Rightly Understood”, *Perspectives on Political Science*, núm. 3, 2004, pp. 134-141.

¹⁰ La bibliografía de la distinción sobre un Estado de derecho legal y un Estado constitucional de derecho es prácticamente inabarcable, no obstante, este trabajo reconoce las dos grandes líneas clarificadoras y pioneras sobre esta distinción, la posición del profesor Zagrebelsky, que sostiene una ruptura entre ambos modelos y, la posición del profesor Ferrajoli, que sostiene una evolución y perfeccionamiento del modelo legalista en el modelo constitucional. Sobre este tema, *cf.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9ª. ed., trad. de GASCÓN, M., Madrid, Trotta, 2009; FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de PERFECTO, Andrés, Madrid, Trotta, 2014.

¹¹ En ese sentido, el profesor Ferrajoli se refiere a dos sentidos generales del significado del Estado de derecho. El primero, en un sentido débil o formal, que se refiere a que los poderes públicos están conferidos por la ley y los procesos determinados por ésta, significado que en gran medida coincide con el *Rechtsstaat* alemán; mientras que, el segundo, en un sentido fuerte o sustantivo, donde los poderes

de la limitación del poder público. Lo que años más tarde propiciaría una evolución de la concepción del Estado de derecho, a través de un proceso de *constitucionalización* de los sistemas jurídicos a lo largo de la segunda mitad del Siglo XX¹². Ese proceso se caracterizaría: 1) por la concepción de la Constitución como norma jurídica¹³; 2) por el posicionamiento de los derechos fundamentales como cimiento del Estado y la democracia¹⁴; y 3) por la limitación constitucional del poder público y político.

Esos ejes conformarían una base del diseño institucional constitucional, el cual establecería una lógica estructural y funcional de organización de un Estado, pues como sistema tendría una finalidad general de concebir instituciones: cuya lógica profunda va en el mismo sentido de sus objetivos perseguidos¹⁵. Así, ese diseño concibe instituciones para la consecución de fines constitucionales, entre las cuales se encuentra una magistratura constitucional representando la *institucionalidad de la justicia constitucional*. No obstante, el diseño institucional, como parte de un sistema (*Estado constitucional*), funcionará en conexión con los elementos que lo conforman, por tanto, es necesario

públicos no solo están limitados por la ley en su conformación, sino también se encuentran limitados en el contenido de sus decisiones. *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi, “The past and the future of the rule of law”, en COSTA, Prieto y ZOLO, Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, Netherlands, Springer, 2007, p. 323.

¹² Sobre ese proceso, el profesor Guastini refiere las siguientes condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico: 1) los derechos fundamentales incorporados a una constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobre interpretación del texto constitucional; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación adecuada de las leyes; y 7) la influencia constitucional en las relaciones políticas. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Carbonell, México, IJ-UNAM-Fontamara, 2011, pp. 153-164. Por su parte, el profesor Louis Favoreau se referirá a una constitucionalización del Derecho tomando en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico. *Cfr.* JOSEPH FAVOREAU, Louis, “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho*, núm. 1, 2001, pp. 31-43.

¹³ Un concepto normativo de la Constitución en la práctica judicial, se puede encontrar en la sentencia STC-80/1982 de 15 de enero de 1983, en donde el Tribunal Constitucional español reiteró que la Constitución debía de ser entendida como una norma suprema y no como una declaración programática, pues era algo que se afirmaba de modo inequívoco y general en el artículo 9.1 del texto constitucional, donde se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución; concluyéndose que esa vinculatoriedad normativa entro en vigor desde la promulgación de la misma al tener un indubitable valor como norma. Sentencia consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/122>. Por otra parte, el importante planteamiento que desarrolló el profesor Eduardo García como consecuencia de la promulgación de la Constitución española de 1978 se encaminó a una visión del texto constitucional como norma jurídica y el importante papel del Tribunal Constitucional Español en desarrollar y mantener esa fuerza normativa a este texto; sin lugar a duda, este planteamiento representó uno de los estudios primigenios del concepto de fuerza normativa constitucional. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.

¹⁴ En ese sentido, los derechos fundamentales representarían derechos positivos que proceden del acto constituyente, es decir, como el *prius* necesario del que deriva todo lo demás, incluidos los poderes y su organización (*el Estado mismo*). *Cfr.* FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de Adela Mora y Manuel Martínez, Madrid, Trotta, 2009, p. 147.

¹⁵ CÁLAME, Pierre, *La ingeniería institucional: la confección y el funcionamiento de las instituciones*, París, Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza, 2006, p. 56.

avocarse a los presupuestos y elementos del diseño que se vinculan con el rol de ese órgano constitucional.

1. Un ordenamiento constitucional como continente del diseño institucional

Antes de mencionar los elementos del diseño institucional que se relacionan con una magistratura constitucional, es necesario revisar el significado de un *ordenamiento constitucional*, pues representa tanto el continente de este diseño como la expresión funcional de la fuerza normativa de la Constitución. Un ordenamiento constitucional consiste en un conjunto complejo de fuentes y de normas dispuestas en un orden jerárquico, en donde la estructura en grados representa su rasgo característico¹⁶. Al mismo tiempo, esa jerarquía se sustentará en la supremacía constitucional, la cual determinará la creación de las diversas fuentes del derecho, al mismo tiempo que las condicionará en su validez y funcionamiento.

Por lo cual, un ordenamiento constitucional estará determinado por un principio de supremacía y un principio de plenitud constitucionales. La supremacía constitucional, más allá del significado de que la Constitución es la norma fundamental del sistema jurídico, porque tiene una protección rígida en grados para su modificación¹⁷; también representará la idea de que en una democracia constitucional ningún poder es supremo, sino solo la Constitución lo será¹⁸. Por su parte, el principio de plenitud constitucional se vinculará con una supremacía constitucional formal y sustancial al determinar que las soluciones a las distintas problemáticas de una comunidad política no solo estarán determinadas en normas jurídicas, sino también en los principios y los derechos constitucionales.

Asimismo, la plenitud constitucional simbolizará una ductilidad constitucional, en donde la Constitución no representará ningún proyecto particular (*social o político*), pues es un marco que contiene todos los proyectos y principios de una sociedad pluralista¹⁹. Así, a la par del carácter jurídico que representa el ordenamiento constitucional, existiría un orden objetivo de valores caracterizado en los derechos constitucionales, esto es, una concepción no positivista y positivista del derecho en el Estado constitucional²⁰.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de PERFECTO, Andrés, et al., Madrid, Trotta, 2011, t. I, p. 852.

¹⁷ En ese punto, no pasa desapercibido que la supremacía constitucional entendida solo como posición jerárquica, tendría que tomar en cuenta los fenómenos en torno a los bloques de regularidad constitucional y la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional. Asimismo, una protección rígida en grados atiende a una cuestión que, desde la teoría y la práctica constitucional, se relaciona con la clasificación o el análisis de los procesos de reforma constitucional que pueden ser o muy rígidos o flexibles.

¹⁸ BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. de VELA, Estefanía, México, SCJN, 2008, p. 33.

¹⁹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM-IIJ, 2017, p. 106.

²⁰ CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas Jurídicos y políticos*, España, 2005, p. 98.

Consecuentemente, ese orden de valores constitucionalizará la actividad de todos los sujetos políticamente activos públicos y privados²¹.

2. Los derechos fundamentales como presupuesto y objetivo general del diseño institucional

Si bien el diseño institucional constitucional trabaja para diversas finalidades, lo cierto es que uno de sus objetivos generales es la protección y la realización de los derechos fundamentales. Porque todas las instituciones del diseño institucional trabajarán para su protección y realización, pues mediante los derechos constitucionales todos los poderes públicos estarán obligados y limitados por estos derechos²². Lo que esquematiza prohibiciones-obligaciones a cargo del Estado, esto es, donde quiera que existan derechos existirá una prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos²³.

Así, los derechos fundamentales dejarían atrás la concepción teórica-filosófica que reducía a estos derechos a cartas de buenos deseos o fuentes de justificación discursiva del poder político²⁴: ya que ahora representarían un parámetro de validez y justificación última del Estado. De esta forma, esos derechos constitucionalizados se reconocerían como *iusfundamentales* desde dos dimensiones. Una dimensión valorativa, que dotó a estos derechos de un contenido moral proveniente del concepto de dignidad humana, entendiéndola como la suma de los valores fundamentales que se tomarían como premisa del Estado constitucional y la democracia liberal²⁵. Y, una dimensión institucional, que reconoció a esos derechos una posición jerárquicamente privilegiada a partir de: 1) un sistema de protección y garantía judicial de los mismos; 2) su reconocimiento como esenciales para las personas y la sociedad; y 3) una forma de aplicación específica por su estructura de principios²⁶.

Ambas dimensiones tendrían como resultado posicionar a las personas en el centro de respeto y protección del Estado, empoderándolas en una verdadera individualidad y separándolos de la ficción de la voluntad general, pues esta individualidad entrañaría que los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hayan

²¹ Cfr. CRUZ, Luis, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-IMDPC, 2006, p. 22.

²² Para el caso, la Constitución adquiere un doble sentido, en donde no solo se resguardan los derechos de futuras generaciones, sino también puede ser vista como una carta de *buen gobierno* que establece las instituciones de gobierno y las normas, estándares y principios que deben controlar tales instituciones. Cfr. FISS, Owen, “¿Por qué el Estado?”, trad. de J. Malem, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, España-México, Trotta-IIJ UNAM, p. 108.

²³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista...cit.*, p. 58.

²⁴ Esa nueva concepción se dio de manera circular, pues hubo una protección que se extendió al ámbito internacional, como también una *positivización* de derechos humanos al ámbito interno de los Estados. Cfr. ALEXY, Alexy, “La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”, trad. de M. C. Añaños, UC3M. *Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8, 2000, pp. 31-ss.

²⁵ HÄBERLE, Peter, *Verdad y estado constitucional*, trad. de G. J. Mañón, México, UNAM, 2006, p. 115.

²⁶ KLATT, Matthias “Robert Alexy’s philosophy of law as system”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalization of reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012, p. 8.

también en la base de los derechos fundamentales²⁷. En ese sentido, los derechos constitucionales no solo representarían derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que, como decisión colectiva fundamental y trascendental, valen para todos los ámbitos del derecho y proporcionan directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia²⁸. Así, los derechos fundamentales representarían, como pretensión universal, más que posiciones jurídicas, políticas e ideológicas: *un punto de partida común para la humanidad*²⁹.

3. Justicia constitucional

La justicia constitucional representa un elemento del diseño institucional que se vinculará directamente con el resguardo del orden constitucional y los derechos fundamentales, pues a pesar de que existen diversos mecanismos de control del poder mediante vías y procesos institucionales, que también buscan la protección de los derechos y principios constitucionales, al final, esta justicia es coincidente con la idea de que la Constitución es una norma jurídica. En este punto, la justicia constitucional busca asegurar que la fluctuación de la política en los cambios de gobierno se vincule o se someta a los mandatos constitucionales previamente establecidos³⁰.

Por tanto, esa justicia implicó un grado de judicialización de los asuntos políticos, mediante un proceso de transferencia de decisiones tomadas en instituciones representativas a instituciones judiciales³¹. Lo cual incluyó establecer también una dualidad de medios de control constitucional que, por un lado, *preservan* la estructura constitucional al cumplir sus tareas y funciones³²; y, por otra parte, *corrigen* las violaciones al orden constitucional³³. Justamente, la justicia constitucional se sitúa en los medios que corrigen el orden constitucional, estructurándose mediante: 1) un objeto de estudio,

²⁷ CRUZ, Luis, *Estudios sobre el...cit.*, p. 4.

²⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de GARZÓN, Ernesto, Madrid, CEC, 1993, p. 507.

²⁹ Esa cuestión puede ejemplificarse en que el paradigma de los derechos fundamentales se ha extendido, en el plano jurídico y normativo por lo menos, también al derecho internacional. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de CARBONELL, Miguel, *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15, 2006, pp. 115-ss.

³⁰ Sobre ese punto, es indudable que se busca que la rigidez del texto constitucional lo separe de las fluctuaciones políticas y de las circunstancias estratégicas del poder, por lo tanto, incluso futuras generaciones podrían beneficiarse de procedimientos preestablecidos para resolver conflictos. Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para la democracia...cit.*, p. 258.

³¹ WALDRON, Jeremy, “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, *Revista Dikaion*, núm. 1, 2018, pp. 15-16.

³² Por ejemplo, los órganos protectores de derechos humanos (*ombudsman*) o las comparencias que se dan en las asambleas representativas, en donde comparecen secretarios o ministros de Estado a presentar informes sobre su desempeño o algún caso específico.

³³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM-IIJ, 1968, p.14.

interpretación y aplicación representado por el texto constitucional³⁴; 2) una teoría y un método respecto de la aplicación de ese objeto; 3) una metodología de aplicación de ese objeto, es decir, una adjudicación constitucional de manera general; y 4) un diálogo jurisprudencial constitucional de carácter cosmopolita³⁵. Cuestión que se presenta lógica, pues el diseño institucional prevé que la Constitución tenga aplicación jurisdiccional, pues solo así estará garantizada como norma jurídica³⁶.

4. Nueva división de poderes

La división de poderes se puede considerar, al mismo tiempo, como un límite al poder público y como un elemento del diseño institucional. Para el caso, el modelo constitucional ha diversificado la forma de limitar al poder con la inclusión de la justicia constitucional³⁷, pues el poder de las asambleas representativas se encontraría vinculado a la Constitución³⁸. Así, la inclusión de la justicia constitucional introduciría un órgano de poder a la dinámica de la división de poderes, el cual tendría a su cargo el resguardo de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, el establecer límites concretos al poder mediante los mismos³⁹; esto es, la idea de que el gobierno y los poderes fácticos estarán limitados por los derechos fundamentales⁴⁰.

En ese sentido, existió una reformulación de la concepción clásica de que el poder público debería de estar dividido, para evitar excesivas concentraciones de poder y propiciar un *autocontrol* entre ramas del gobierno⁴¹; pues esta división propiciaría un efecto de limitación y de moderación entre poderes públicos⁴². Así, en el modelo constitucional no solo la inclusión de la justicia constitucional *diversificó* al poder público, pues hubo

³⁴ La Constitución representará no solo el parámetro de justificación jurídico, sino también ético-político al considerarse una norma justa o correcta; esto es, axiomas de donde el juez constitucional parte para interpretar y luego aplicar a los mismos. Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, pp. 74-75.

³⁵ En la actualidad dentro de la jurisdicción constitucional, subyace un diálogo jurisprudencial entre Magistraturas constitucionales de distintas latitudes. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, trad. de FERRER, Eduardo, en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, y MOLINA SUÁREZ, César (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, IJ-UNAM, SCJN, 2009, t. I, p. 19-22.

³⁶ GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, p. 46.

³⁷ Para el caso, la inclusión de la revisión constitucional con sus respectivos órgano redujo, de alguna manera, el poder del órgano de representatividad política (*las asambleas representativas*), lo cual no significó modificar esta última institución, sino agregar una institución de control al diseño institucional constitucional.

³⁸ Esa limitación se vio reflejada, principalmente, por el desplazamiento de la ley en la jerarquía normativa y su subordinación a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil...cit.*, p. 34.

³⁹ En ese sentido, los derechos fundamentales no fueron planeados tan solo para la protección de la minoría, sino también para la corrección e instrucción de la mayoría. Cfr. HOLMES, Stephen “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de UTRILLA, Mónica, México, FCE, 1999, pp. 255-256.

⁴⁰ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales...cit.*, p.116.

⁴¹ HOLMES, Stephen, *op. cit.*, p. 249.

⁴² BÖCKENFÖRDE, Ernest, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de SERRANO, R. A., Madrid, Trotta, 2000, p. 123.

también una *integralidad* de este al crearse órganos constitucionales que se encargarían de tareas y áreas constitucionalmente fundamentales⁴³. La diversificación e integralidad se contemplaría en dos objetivos: 1) la de limitar los poderes fácticos que operan al lado del poder público, mediante la creación de los órganos constitucionales; y 2) la participación de estos órganos en la dinámica de frenos y contrapesos al poder público⁴⁴.

Por tanto, el diseño institucional constitucional contemplará un nuevo esquema de la división de poderes que se basará en: 1) la especificidad de las materias constitucionales, en donde la Constitución y la realidad social exigen una inclusión de otras tareas y

⁴³ La característica principal de esos órganos es que no se encontrarán derivados o adscritos a otro poder, sino que sus atribuciones y encomiendas derivarán directamente de la Constitución. Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una constitución para la democracia. Propuesta para un nuevo orden constitucional*, 2ª. ed., México, UNAM-III, 2000, p. 244.

⁴⁴ Esos objetivos se han construido desde la doctrina y la práctica judicial constitucional. Por ejemplo, desde la doctrina, la posición de Bruce Ackerman es que una visión del principio de división de poderes que se base, únicamente en una visión democrática institucional, puede promover la desigualdad a través de las instituciones políticas y las reglas jurídicas, por lo cual, el autor propone, que al lado de la función de protección de los derechos por parte de la Corte Suprema americana, haya una inclusión de otros tres poderes autónomos que se encarguen respectivamente de: 1) la fiscalización y rendición de cuentas del gobierno; 2) garantizar y resguardar los derechos de participación de los ciudadanos en los procesos democráticos; y 3) la promoción y vigilancia de una política distributiva. Cfr. Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, trad. de José Manuel Salazar, México, Fondo de Cultura Económica, 2007. En paralelo, pero con un enfoque interpretativo y conceptual, el profesor Guastini se refiere a una *reinterpretación* de las disposiciones y funciones de los poderes para hacerlos factibles en la práctica constitucional contemporánea. Cfr. GUASTINI, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo L, núm. 229-234, enero-diciembre, 2000, pp. 299-319. Precisamente, esta última posición doctrinal es la que ha seguido la práctica judicial constitucional, como ejemplos: la sentencia C-031/2017 de 25 de enero de 2017, en donde la Corte Constitucional colombiana caracterizó a este principio como una *separación funcional y especializada* en donde cada órgano de poder tiene tareas y funciones específicas (consultable en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-031-17.htm>); la sentencia SC 0129/2004-R de 28 de enero del 2004, en donde el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano refirió que la división de poderes no solo atiende a la limitación y el control del poder público, sino también para la defensa de la sociedad y sus necesidades concretas, pues se ha dispuesto una distribución de tareas constitucionales a otros órganos independientes de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial (consultable en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(ya5exicj3dk0huvng1br4ps3g\)\)/WjfrFechaResolucion1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(ya5exicj3dk0huvng1br4ps3g))/WjfrFechaResolucion1.aspx)); la sentencia CCT 114/2018 de 28 de junio de 2018, en donde la Corte Constitucional sudafricana caracterizó a este principio a partir de una estricta coordinación, diversificación y complementación entre las ramas del poder público para adaptarse a las exigencias sociales y revertir desigualdades estructurales (consultable en: <https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/36578/Full%20Judgment%20Official%20Version%2028%20June%202019.pdf?sequence=26&isAllowed=y>); el amparo en revisión 1100/2015 de 18 de febrero de 2015 y la controversia constitucional 32/2005 de 3 de agosto de 2008, en donde la Suprema Corte mexicana señaló que los distintos poderes y órganos del Estado encargados de garantizar el principio democrático y los derechos fundamentales, tendrían que realizar un funcionamiento eficaz y especializado del ejercicio del poder público, pues su tarea es, también, la de control y transparencia para atender demandas sociales específicas, sin que ello atente contra el núcleo esencial del principio de separación de poderes, (consultables respectivamente en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-08/AR-1100-2015.pdf; http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2005/9/3_74131_0.doc).

funciones independientes de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; y 2) la introducción de órganos especializados e idóneos para el desarrollo de estas nuevas tareas y funciones⁴⁵. Así, la división de poderes adquiere una nueva dimensión, en donde se mantiene una distinción entre las funciones de gobierno que se configuran en el espacio de la política, y las funciones de garantía que se configuran en el espacio de la jurisdicción constitucional⁴⁶.

Bajo ese contexto, una magistratura constitucional podría considerarse como un órgano constitucional autónomo por sus funciones materiales⁴⁷: ya que representa el órgano especializado con la facultad exclusiva de interpretar y aplicar la Constitución en definitiva. El mejor argumento para sostener esa naturaleza de la magistratura es que este órgano cuenta con una *primacía* funcional en oposición a una *supremacía jerárquica*, es decir, el diseño institucional ha trazado facultades de revisión constitucional a la magistratura que, incluso, revisan al poder al cual está adscrito en ocasiones: el poder Judicial. Porque sus funciones (*específicas y especializadas*) la separan, materialmente, de algún poder u órgano⁴⁸; lo cual sustenta su independencia política e institucional también. Por tanto, una magistratura más que un órgano de impartición de justicia es un órgano que tiene a su cargo tareas y funciones específicas como se verá a continuación.

III. La función del ejercicio del poder público del juez constitucional

1. Adjudicación constitucional y sus tres tareas primarias

La adjudicación constitucional entendida en un sentido muy general como la aplicación del contenido constitucional, estará a cargo de poderes, órganos, representantes y funcionarios públicos, pero, entendida en un sentido formal, estará a cargo únicamente

⁴⁵ En ese sentido, tendría que tomarse en cuenta que el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por la inclusión del fenómeno de los organismos autónomos. Cfr. ACKERMAN, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM-IIIJ, 2016, p. 49-ss.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho...cit.*, p. 825.

⁴⁷ Uno de los primeros autores en vislumbrar ese estatus a una magistratura constitucional fue el profesor García Pelayo, pues propuso que la posición del Tribunal Constitucional español, por la *fundamentabilidad* de su función, era la de un órgano constitucional autónomo. Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, “El status del tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

⁴⁸ Como ejemplos, la Corte Suprema norteamericana está adscrita a la rama judicial y está inmersa en un sistema donde opera un control difuso, no obstante, la Corte representa la instancia final de decisión constitucional en el sistema por su función material; o el caso de la Corte Suprema mexicana, la cual está también adscrita a la rama judicial y está inmersa en un sistema donde opera tanto un control difuso o semi-difuso, como un control concentrado, pero, al final, la Corte representa la instancia final de decisión constitucional también por su función material; finalmente, el caso colombiano, en donde la Corte Constitucional colombiana no está adscrita al poder judicial y en el sistema opera un control difuso y concentrado a la vez, como en el caso de las tutelas a cargo de todos los jueces del sistema, no obstante, esta Corte también representa la instancia final de decisión constitucional en aquel sistema. Para el caso, importa señalar que más allá del control judicial que se ejerza en el sistema o de la denominación formal de tribunal o corte constitucional, una magistratura constitucional de instancia final de decisión se define por su función material que ejerce en el sistema.

de los jueces constitucionales, para el caso de este trabajo: los jueces constitucionales de última instancia de decisión. Por ende, las funciones adjudicativas son fundamentales en un Estado constitucional⁴⁹: pues refuerzan y sustentan la idea de la revisión constitucional como un presupuesto del modelo constitucional contemporáneo.

La adjudicación constitucional a cargo de los jueces constitucionales se puede entender a partir de tres tareas primarias: 1) la tarea de reconocimiento, que se referirá al cómo se le da un contenido a los derechos humanos que han sido *positivizados* en el sistema o, inclusive, la creación de derechos derivados de otros derechos fundamentales o principios constitucionales; 2) la tarea de garantía, que es cuando la magistratura declara que un derecho fundamental debe ser garantizado por el Estado en abstracto y, en concreto, por un órgano o poder, en otras palabras, se constituye una prerrogativa específica para una persona o grupo de personas mediante una sentencia; y 3) la tarea de concretización, que representará la materialización de los derechos fundamentales en la realidad social, esta tarea constituye uno de los retos más complejos en la actualidad, pues dependerá de posibilidades fácticas concretas y no solo de posibilidades jurídicas⁵⁰.

La tarea de reconocimiento se refiere a la creación de nuevos derechos o principios derivados de la Constitución, así como al establecimiento de alcances y límites al ejercicio de los derechos fundamentales o, en su caso, si es un sistema en donde opere un sistema regional de protección de derechos humanos: a la recepción de derechos y jurisprudencia de fuente convencional. Por tanto, aunque los derechos y los principios constitucionales están reconocidos en la Constitución, también es clara la necesidad de su interpretación para identificar y reconocer el contenido concreto o específico de los mismos.

La tarea de garantía representa una consecuencia de la tarea de reconocimiento, que tendrá como finalidad primaria garantizar judicialmente el reconocimiento de los derechos y los principios constitucionales mediante una sentencia. Cuestión que se presenta congruente con la estructura de una jurisdicción constitucional, pues una sentencia constitucional constituirá una prerrogativa concreta tanto de reconocimiento como de garantía de un derecho a una persona o grupo de personas. En paralelo, cuando se trate de un principio constitucional, se determinará una obligación concreta a un poder u órgano estatal para que garantice un derecho o cumpla un mandato constitucional. En ambos casos, la sentencia garantizará el sentido y el alcance de esos derechos y principios, pero, también, determinará *quiénes* habrán de concretizarlos, la *forma* de hacerlo y los *plazos* para lograrlo.

La tarea de concretización representa una encomienda-obligación para el juez constitucional, pues ante la imposibilidad de que este operador realice esta concretización por sí solo, esta tarea dependerá en gran medida del involucramiento y colaboración

⁴⁹ Sobre ese punto, la teoría constitucional centra las *funciones adjudicativas* dentro de los principios constitutivos de un Estado constitucional y a cargo de los jueces constitucionales. Cfr. VALADÉS, Diego, “La garantía política como principio constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 132, 2011, pp. 1265-1267.

⁵⁰ Sobre todo, la concretización de los derechos sociales, los cuales representan una transición del Estado liberal al Estado social de derecho; cuestión que se recrea en el modelo constitucional.

(obligada⁵¹) de otros poderes y órganos estatales, por ende, el juez constitucional tendrá un rol fundamental para conjugar este involucramiento y colaboración; sobre todo, cuando se trata de derechos fundamentales con una dimensión social.

2. Función específica de intérprete constitucional

Las tareas adjudicativas primarias tienen, en algún sentido, una conexión con las funciones que realiza un juez constitucional, asimismo, se refuerza la idea de entender a una magistratura constitucional como un órgano especializado con diferentes funciones específicas. Entre esas funciones, se encontrará la de intérprete último de la Constitución, la cual se vinculará, en gran medida, con la tarea de reconocimiento de nuevos derechos, ya que será necesario darles un sentido concreto y un alcance⁵²; ya que un juez constitucional también tiene la difícil tarea de limitar derechos fundamentales⁵³.

Por tanto, la interpretación a cargo de un juez constitucional es una función que demandará métodos especiales y una especificidad⁵⁴: porque la magistratura constitucional de última instancia tendrá a su cargo tanto la coherencia del orden normativo, como ajustar el Derecho a la realidad social⁵⁵. En ambos casos, la función interpretativa del juez podría ser vista desde dos perspectivas: 1) la que ve a esta función como invasora de las decisiones colectivas fundamentales tomadas por un órgano representativo; y 2) la que ve a esta función encaminada a dar efecto al propósito de esas decisiones fundamentales, es decir, como colaborativa de la legislatura en la creación y la implementación de las leyes⁵⁶.

Lo importante a destacar es que en ocasiones se cree que un juez constitucional interpreta solo para revisar la constitucionalidad de una ley o limitar la actuación del gobierno, lo cual dejaría de lado su efecto integrador y evolutivo del contenido constitucional, ya sea para colmar las lagunas del ordenamiento normativo; ya sea para

⁵¹ En ese sentido, el involucramiento y la colaboración se señalan como obligadas, porque la sentencia de una magistratura constitucional realmente *ordena* al Estado (poderes y órganos involucrados) acciones concretas y generales para materializar un derecho de forma estructural.

⁵² Sobre ese punto, gran parte de las normas constitucionales, incluidos los derechos, se expresarán mediante principios generales, los cuales exigen: 1) un trabajo de concretización, para ser aplicados a casos concretos; y 2) un trabajo de ponderación o balanceamiento, siempre que entren en conflicto uno con el otro. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, p. 73.

⁵³ En ese sentido, si bien los derechos fundamentales pueden limitarse, también estos límites tendrán a su vez límites. *Cfr.* BARAK, Aharon, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵⁴ Sobre los métodos especiales. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, p. 53. Sobre la especificidad de la interpretación constitucional. *Cfr.* COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, IJ-Trotta, 2003, p. 41 y ss.

⁵⁵ Sobre esa cuestión, el ajuste del Derecho se presenta como un dilema complejo, porque podría dañarse la seguridad jurídica, la certeza y la estabilidad; es decir, el juez constitucional deberá de equilibrar la necesidad de cambio con la necesidad de estabilidad. *Cfr.* BARAK, Aharon, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ Esa perspectiva es coherente si se asume que el *objeto* de la función interpretativa del juez constitucional es la Constitución, y su *objetivo* es particularizar el contenido abstracto constitucional para hacer acorde la ley o el acto con la Constitución. *Cfr.* BARAK, Aharon, *op. cit.*, p. 11.

adaptar este contenido a las exigencias sociales actuales⁵⁷. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la interpretación de un derecho o un principio constitucionales se referirá tanto a su sentido jurídico como a su sentido práctico. Así, la función interpretativa se basará en distintas metodologías de interpretación-adjudicación, por ejemplo, la interpretación conforme, el juicio de proporcionalidad o razonabilidad, el escrutinio estricto, el principio *pro persona*, entre otros⁵⁸. Todas ellas con la finalidad de dar al juez constitucional herramientas para el desarrollo de otras funciones.

3. Función de contrapeso (contramayoritaria)

Para entender la función de contrapeso de una magistratura constitucional, es necesario partir de la consideración de que todo poder u órgano estatal realizan, en algún sentido, esta función al desempeñar sus facultades constitucionales en la dinámica de la división de poderes. No obstante, cuando una magistratura revisa y, en su caso, invalida leyes y actos de los otros poderes, como caracterización de su función de contrapeso, al mismo tiempo, aludirá al argumento *contramayoritario*⁵⁹. Cuestión que podría ser vista desde dos perspectivas: 1) la visión institucional que, sin problematizar, reconoce el argumento contramayoritario como una consecuencia lógica de la dinámica de la división de poderes; y 2) la visión política que problematiza y centra a este argumento como una función ilegítima democráticamente hablando.

Ambas posturas pueden converger o divergir, pero no será necesario justificar una u otra visión, sino solo señalar la posibilidad de ver a este argumento como una función *institucional y condicionada*. Estos elementos serían dependientes recíprocamente, porque la institucionalidad representa un gran límite al argumento contramayoritario, pues para ejercerlo la magistratura estará condicionada a que un poder u órgano estatal o, en su caso, una persona o grupo de personas se lo soliciten a la magistratura, también, bajo

⁵⁷ En ese sentido, el profesor Guastini ha distinguido entre una doctrina estática y una dinámica de la interpretación constitucional, en donde la primera se basa en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica, la certeza del derecho y la previsibilidad de las decisiones de los jueces, por su parte, la doctrina dinámica se fundamenta en el valor de la adaptación continua del Derecho a las exigencias de la vida social, política, económica, etc. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, pp. 60-61.

⁵⁸ Para el caso, será más preciso referirse a distintas metodologías que a una teoría de la interpretación constitucional, en el sentido de que no existen análisis científicos para las metodologías utilizadas por los jueces constitucionales. *Cfr.* GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la...cit.*, pp. 65-66. Sin embargo, sí se puede hablar de una práctica judicial común de estas metodologías en diversas latitudes, por ejemplo, las Cortes Supremas de Israel, Argentina, Chile y México, la Corte y los Tribunales constitucionales en Colombia, Alemania, Bolivia y España; todas estas magistraturas realizan el juicio de proporcionalidad o razonabilidad para el análisis de una norma que restringe un derecho fundamental. Inclusive, aún en sistemas donde no se utiliza este juicio, como el norteamericano, existirán metodologías muy similares como el *strict scrutiny* y el *balancing approaches*.

⁵⁹ Por ejemplo, cuando un juez constitucional enarbola la posición de legislador *negativo*, la cual se relaciona con la concepción *kelseniana* de ver a un Tribunal Constitucional con el poder para anular leyes y, en la actualidad, no sólo anular leyes sino también modificarlas y adicionarlas. Sobre ambas cuestiones *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, México, UNAM, 1979, pp. 303-ss. *Cfr.* MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, “Tipos de sentencias en el control judicial de las leyes: la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio Jurídicos*, núm. 1, 2000, pp. 9-ss.

ciertas condiciones institucionales (*admisibilidad*). Por ejemplo, para que un juez constitucional se pronuncie sobre alguna política pública, aun indubitadamente inconstitucional, se requerirá que: ya sea una persona o grupo de personas; ya sea un poder u órgano estatal; ya sea una fracción política se lo soliciten y cumplan con ciertos requisitos⁶⁰.

En ese sentido, el argumento contramayoritario no solo debería de ser visto desde su innegable concepción *antidemocrática*, sino también ser visto desde su componente institucional, en donde una magistratura constitucional, al revisar una ley o política pública producto de una mayoría democrática, solo revisa su regularidad constitucional. Así, ni todas las leyes y las políticas públicas que se revisan se declaran inconstitucionales e, incluso, si esto sucede regularmente se da una justificación constitucional que toma en cuenta la deferencia al legislador.

No obstante, el argumento contramayoritario no deja de ser problemático en la medida en que, de manera fáctica, es ampliamente intrusivo con la visión o ideología de un gobierno en turno, o con la idea de la representatividad política y la voluntad general. En ambos casos, ese argumento tendría que ser aceptado como una forma que, por lo menos, estará respaldada por un principio de igual consideración de todas las posiciones, es decir, dar cauce a diversos puntos de vista para revisar si encuentran un sustento constitucional.

Por otra parte, el argumento contramayoritario se relacionará, en algún sentido, con las tareas adjudicativas también, porque para la garantía y la concretización de los derechos fundamentales será necesaria, en la mayoría de las ocasiones, una sentencia constitucional que vaya en contra de las posiciones mayoritarias, ya que la naturaleza de los derechos es contramayoritaria. Cuestión que sería equivalente a la naturaleza de la función legislativa, en donde las posiciones políticas se plasman en el significado material de una ley⁶¹.

⁶⁰ En ese sentido, los requisitos son más bien condiciones constitucionales, legales o jurisprudenciales, tanto de la legitimidad para promover de forma general un juicio constitucional, como para la admisibilidad y substanciación de dicho juicio. Cuestiones que serán aún más complejas cuando se refieren a una magistratura constitucional de instancia final de decisión. Como ejemplos, en el sistema colombiano para que una acción pública de constitucionalidad sea promovida o una revisión de tutela sean resueltas por la Corte Constitucional, deberán de concurrir ciertos supuestos constitucionales, legales y jurisprudenciales; o el caso del sistema mexicano, en donde se necesita legitimación constitucional y legal para promover una acción de inconstitucionalidad o, en su caso, para que la Suprema Corte conozca de un amparo en revisión, deberán de cumplirse condiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, inclusive, en ocasiones se deliberará sobre esta procedencia; finalmente, el caso del sistema norteamericano es muy similar al mexicano, pues para que la Corte Suprema se avoque a resolver una *certiorari*, antes se deliberará sobre esta posibilidad, pues prevalece una deferencia fuerte hacia las cortes inferiores y a la legislación en general.

⁶¹ Con el significado material de una ley, me refiero a que, independientemente de su validez legal y constitucional, una ley entrañará una posición política; por ejemplo, un marco normativo que establezca un sistema de transparencia gubernamental, implícitamente, entrañará *el cómo* los actores políticos perciben o conciben el fenómeno y su solución.

Asimismo, el argumento contramayoritario podría dar participación o voz a los votos minoritarios del proceso democrático (*elecciones*), porque el voto popular tiene un punto de partida sobre la base de una igualdad formal y material, no obstante, su punto de llegada, caracterizado en las decisiones tomadas por los representantes populares, desvanecerá formal y materialmente esta base⁶². Por tanto, este argumento podría complementar los procesos democráticos al proveer una vía institucional para dar cauce a posiciones provenientes de la sociedad. Consecuentemente, la función contramayoritaria no opera de manera discrecional, sino que se presenta como una función institucionalmente condicionada, en oposición a una visión simplista de considerarla *contra gobierno o contra democrática* siempre.

4. Función de árbitro

La función de árbitro se conecta con la idea de la condicionalidad institucional que reviste el papel de una magistratura constitucional, porque la magistratura no es *autogeneradora* de controversias o casos. Asimismo, uno de los objetivos del modelo constitucional es la solución institucional de los conflictos públicos, políticos y sociales bajo un marco constitucional, por tanto, se puede establecer que un juez constitucional realiza, en ocasiones, una función de árbitro que no incide de manera intrusiva o conflictiva dentro de la dinámica del poder público o político: pues esta función es reconocida como *neutral* en la solución de conflictos entre poderes y órganos respecto de sus facultades y atribuciones.

En otras palabras, actores políticos y públicos estarían de acuerdo en que un juez constitucional represente un *agente* que se centra en constatar lo que el texto constitucional establece sobre las competencias y las facultades de los entes estatales⁶³. Sobre todo, porque ninguna Constitución contará con un sistema de distribución de competencias perfecto que evite conflictos. Cuestión que resalta nuevamente la importancia de la función interpretativa, pues, incluso ejerciendo la función de árbitro, es necesario dar sentido y alcance a las normas constitucionales orgánicas⁶⁴. Ahora bien, cabría señalar que la función de árbitro se da más en sistemas donde exista una distribución territorial de facultades, es decir, donde exista un gobierno central y gobiernos locales, como en una federación. Sin embargo, esta función se puede observar

⁶² Cfr. PETTIT, Philip, *On the people's terms. A republican theory and model of democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 210-ss.

⁶³ Esa visión se relaciona con las teorías de agencia, las cuales idealizan a un juez que solo sigue instrucciones de diferentes fuentes dependiendo de la tradición jurídica, pero posiblemente incluiría alguna combinación del texto constitucional, el contexto, la voluntad de los constituyentes y la tradición; en otras palabras, estas teorías en su concepción más pura abrazan al *originalismo interpretativo*. Cfr. LAWRENCE, Sager, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. de FERRERAS, Víctor *et al.*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 43-ss.

⁶⁴ En ese sentido, una función de árbitro habrá de concebir a la garantía jurisdiccional constitucional como un medio idóneo para dirimir los conflictos con mayor claridad y de manera institucional. Cfr. ESCOBAR ARBELÁEZ, María, "Un árbitro sin reglas claras: sistema de reparto de competencias autonómicas y justicia constitucional en España", *Cuadernos Manuel Giménez Abad. Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico*, núm. 17, 2019, p. 50.

también en procesos democráticos más complejos. Por ejemplo, en el proceso de paz colombiano, en donde la Corte Constitucional colombiana fue fundamental en distintas etapas de este proceso, pues además de revisar la posibilidad de llevarlo a cabo, su papel fue de árbitro que constató y dio legitimidad constitucional a dicho proceso⁶⁵.

5. Función de colaboración y el rol fundamental del juez constitucional

La función de colaboración se encuentra fuertemente vinculada con la tarea de concretización del contenido constitucional, en especial con la concretización de los derechos sociales. En ese sentido, se parte de una visión realista sobre la imposibilidad que tiene un juez constitucional para materializar sus sentencias por sí solo. Esto implicará un paralelismo y una diferencia con la función de impartición de justicia en general. Un paralelismo, porque una magistratura constitucional, al igual que los tribunales o cortes ordinarios, necesitarán de la intervención de otros poderes, por ejemplo, los jueces comunes necesitan de las fuerzas del orden público para hacer cumplir sus sentencias. Por su parte, una diferencia sustancial, porque, a diferencia de la función de impartición de justicia, la sentencia de una magistratura constitucional más que un acto procesal que pone fin a un conflicto jurídico: será una decisión con trascendencia política, sobre todo, cuando anule una ley o política pública⁶⁶.

De esta forma, un punto a tomar en cuenta es la función instrumental a cargo de todos los entes estatales, es decir, el poder público se ejerce como un instrumento para la consecución de fines constitucionales. Cuestión que establece una *igualdad institucional* en donde todos los poderes y órganos estatales tendrán una obligación constitucional abstracta para la consecución de esos fines⁶⁷. En ese sentido, las posibilidades fácticas de una magistratura constitucional para el cumplimiento de esa obligación, pasa en gran medida por la imposibilidad material que tiene una magistratura para realizar funciones o acciones de gobierno: ya que estas acciones estarán a cargo del gobierno en turno⁶⁸. Por esa razón, se puede establecer que una magistratura tiene una función de colaboración en concreto y en abstracto.

En concreto, porque la función de colaboración se da mediante la sentencia de una magistratura constitucional que involucra a otros poderes, sobre todo, para concretar un derecho social. Y, en abstracto, porque la magistratura constitucional refiere,

⁶⁵ Por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana C-630/2017 y C-007/2018, se dieron directrices para el entendimiento y la concretización de la justicia transicional y las diversas normas que regularían, a su vez, los procesos de amnistía derivados del proceso de paz. Sentencias consultables en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-630-17.htm> y <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-007-18.htm>.

⁶⁶ BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, IEA, 1982, p. 19.

⁶⁷ En ese sentido, la obligación específica de la consecución de fines constitucionales estará en las facultades y funciones concretas que se marcan en el texto constitucional a cada órgano y poder estatal.

⁶⁸ Esa cuestión es peculiar, porque, inclusive, si una ley o política pública promulgada por un gobierno anterior fuera modificada por una decisión de la magistratura constitucional, esa modificación estaría a cargo del gobierno actual.

implícitamente, al ordenar a otros entes estatales *acciones concretas* para materializar derechos: la obligación de todos los poderes y órganos estatales para la consecución de fines constitucionales (*igualdad institucional*). Lo que implica asumir que los jueces constitucionales son conscientes de los efectos de sus decisiones, sobre todo, cuando se trata de revertir problemas estructurales⁶⁹.

Bajo ese contexto, la función de colaboración no siempre se da en la práctica judicial constitucional, pues solo se dará cuando una magistratura modifica o invalida una ley o política pública o, en su caso, cuando ordene la creación de estas, por ejemplo: 1) al ordenar modificarlas, porque exhortará ya sea al gobierno o a la asamblea representativa para que haga las adecuaciones correspondientes; 2) al invalidarlas, porque hará, implícitamente, un reenvío al gobierno para la realización de una política acorde con la Constitución o, en su caso, para que la asamblea representativa expida una nueva ley; y 3) al señalar la necesidad de una política pública o una ley (*omisiones*), porque más que una decisión intrusiva con las otras ramas de gobierno o considerar que una magistratura está gobernando, en realidad el juez constitucional está ordenando colmar una necesidad para el orden constitucional.

Todos esos puntos serán controvertidos, en la medida que una magistratura constitucional impone mediante el cumplimiento de sus decisiones, un *diálogo institucional obligado* entre poderes y órganos estatales. Sin embargo, desde la perspectiva de este trabajo, el rol de un juez constitucional sería fundamental para *impulsar* o *incentivar* a los otros poderes y órganos para lograr que el texto constitucional impacte en la realidad social⁷⁰. Sobre todo, en condiciones donde exista una fuerte *inercia* de los poderes Legislativo y Ejecutivo, pues en tales casos los jueces constitucionales no pueden dejar, por ejemplo, la garantía de los derechos fundamentales a la espera de la función legislativa⁷¹.

IV. Conclusión: un nuevo rol del juez constitucional

⁶⁹ En ese sentido, un juez constitucional se habilita como máximo intérprete y defensor de los derechos constitucionales, para definir cómo deben actuar las autoridades con miras a concretizar estos derechos y resolver problemas generalizados que se han detectado. Cfr. OSUNA, NÉSTOR, “Las sentencias estructurales”, en BAZÁN, Víctor (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015, 89-125.

⁷⁰ Dixon Rosalinda y Roux Theunis Roux, “Making constitutional transitions: The law and politics of constitutional implementation in South Africa”, *UNSW Law Research Paper*, núm. 64, 2018, pp. 1-ss.

⁷¹ Un ejemplo de esa inercia en la práctica judicial se puede ver en la sentencia de la Suprema Corte norteamericana, cuando resolvió el paradigmático caso de *Obergefell v. Hodges de 2015* (sobre la constitucionalidad del matrimonio igualitario), pues una de sus bases argumentales fue que la falta de legislación sobre el matrimonio igualitario por parte de los Estados de la Unión afectaba la eficacia y la garantía de este al considerarse un derecho fundamental. La sentencia se puede consultar en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. Por su parte, sobre las inercias legislativas y administrativas. Cfr. DIXON, Rosalind, “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 403-ss.

El diseño institucional constitucional contempla la división de poderes diversificada, pues a la par del esquema trifásico de poderes existirán órganos constitucionales con tareas y funciones específicas y únicas. La magistratura constitucional, por sus funciones materiales, puede ser vista como uno de estos órganos al tener a su cargo una función del ejercicio público única y especializada. El ejercicio del poder público a cargo de un juez constitucional es integral, al componerse de las tareas adjudicativas primarias de reconocimiento, garantía y concretización de los derechos fundamentales, así como de las funciones específicas de interpretación, contrapeso, árbitro y colaboración. Por tanto, una magistratura constitucional no solo representará al argumento contramayoritario en el sistema jurídico.

La función de colaboración sitúa al juez constitucional en un rol fundamental para impulsar o incentivar, mediante sus sentencias, un diálogo institucional obligado con los otros poderes y órganos estatales para la concretización de derechos sociales que repercutan estructuralmente⁷²: ya que este diálogo representa una igualdad institucional. La igualdad institucional se caracterizará por los siguientes elementos: 1) el diálogo institucional obligado entre poderes y órganos estatales que se crea derivado de la sentencia de un juez constitucional; 2) una obligación común en la concretización de los derechos sociales a cargo de todos los entes estatales; y 3) una necesidad fáctica del involucramiento de otros poderes y órganos para concretizar derechos sociales con una repercusión estructural.

Finalmente, la igualdad institucional representará un objetivo del diseño institucional constitucional, en donde el juez constitucional junto a los poderes y órganos estatales trabajarán de forma conjunta para la concretización de derechos sociales⁷³. Asimismo, esa igualdad constituirá una posición realista sobre la imposibilidad de que una magistratura constitucional mediante una sentencia pueda concretizar derechos sociales o revertir problemas estructurales sin el involucramiento de otros entes estatales.

V. Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, trad. de José Manuel Salazar, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

ACKERMAN, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁷² En ese sentido, me refiero a que cuando se concretiza un derecho social tendrá, la mayoría de las ocasiones, repercusiones jurídicas, institucionales, económicas, políticas y sociales.

⁷³ Por ejemplo, en su sentencia T-398/2019, la Corte Constitucional colombiana señaló las condiciones mínimas de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de las mujeres en situación de calle en un distrito de Colombia, para el caso, involucró a varios entes estatales para lograr una concretización de estos derechos a un nivel social, ello, mediante: 1) inversión en gasto social que atienda a mujeres en situación de calle que no puedan tener acceso a una higiene menstrual adecuada; 2) modificaciones legislativas e implementación de políticas públicas concretas y a largo plazo; 3) implementación de un *plan de contingencia* para extender la protección de estos derechos a lugares del país donde se tenga la misma situación. Sentencia consultable en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>.

- AMAYA, Jorge, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed., Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017.
- ALEXY, Robert, “La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”, trad. de AÑÑOS MEZA, M. C., *Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 8 (2000).
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, CEC, 1993.
- BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. de E. VELA BARBA, México, SCJN, 2008.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración, 1982.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de SERRANO, R. A. Madrid, Trotta, 2000.
- CÁLAME, Pierre, *La ingeniería institucional: la confección y el funcionamiento de las instituciones*, París, Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza, 2006.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM-IIJ, 2017.
- _____, *Una constitución para la democracia. Propuesta para un nuevo orden constitucional*, 2ª. ed., México, UNAM-IIJ, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la constitución”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México-Madrid, IIJ-Trotta, 2007.
- CRUZ, Luis, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Editorial Porrúa-IMDPC, 2006.
- _____, *La Constitución como orden de valores. Problemas Jurídicos y políticos*, España, Granada, 2005.
- DIXON Rosalinda y ROUX Theunis, “Making constitutional transitions: The law and politics of constitutional implementation in South Africa”, *UNSW Law Research Paper*, núm. 64, 2018.
- _____, “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007.
- ESCOBAR ARBELÁEZ, María, “Un árbitro sin reglas claras: sistema de reparto de competencias autonómicas y justicia constitucional en España”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad. Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, núm. 17 (2019).
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, Madrid, Trotta, 2014.
- _____, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, et al, Madrid, Trotta, 2011, t. I.
- _____, “The past and the future of the rule of law”, en COSTA Pietro y ZOLO Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, Netherlands, Springer, 2007.
- _____, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de CARBONELL, Miguel, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 15 (2006).
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. de MORA CASTAÑEDA Adela y MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Madrid, Trotta, 2009.
- FISS, Owen, “¿Por qué el Estado?”, trad. de MALEM SEÑA, J., en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, España-México, Trotta-IIJ UNAM.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM-IIJ, 1968.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006.

- _____, “El status del tribunal constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1 (1981).
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. CARBONELL, México, IIJ-UNAM-Fontamara, 2011.
- _____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de CARBONELL, Miguel y ZALAZAR, Pedro, 2ª. ed., México, UNAM-IIJ-Trotta, 2010.
- _____, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 229-234 (2000).
- HÄBERLE, Peter, *Verdad y estado constitucional*, trad. de G. J. MAÑÓN GARIBAY, México, UNAM, 2006.
- HOLMES, Stphen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER Jon y SLAGSTAD Rune (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de UTRILLA DE NEIRA, M., México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- JOSEPH FAVOREU, Louis, “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho*, núm. 1 (2001).
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de García Máynez, Eduardo, México, UNAM, 1979.
- KLATT, Matthias, “Robert Alexy’s philosophy of law as system”, en KLATT Matthias (ed.), *Institutionalization of reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012.
- LAWRENCE, G. Sager, *Jueces y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. de FERRERAS COMELLA Víctor et al., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MACCORMICK, Neil, “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría*, núm. 21 (1999).
- MANILI, Pablo, *Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, “Tipos de sentencias en el control judicial de las leyes: la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio Jurídicos*, núm. 1 (2000).
- OSUNA, Néstor, “Las sentencias estructurales”, en BAZÁN, Víctor (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015.
- PETIT, Philip, *On the people’s terms. A republican theory and model of democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos, ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- SCHOTTEN, Peter, “Marbury v. Madison, Rightly Understood”, *Perspectives on Political Science*, núm. 3 (2004).
- VALADÉS, Diego, “La garantía política como principio constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 132 (2011).
- _____, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9ª. ed., trad. de GASCÓN, M., Madrid, Trotta, 2009.
- _____, “El juez constitucional en el siglo XXI”, trad. de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en FERRER MAC-GREGOR Eduardo y MOLINA SUÁREZ César (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, IIJ-UNAM-SCJN, 2009, t. I.
- _____, “Jueces constitucionales”, trad. de CARBONELL, Miguel, en CARBONELL, MIGUEL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, España, Trotta-IIJ-UNAM, 2003.
- ZOLO, Danilo, “The rule of law a critical reappraisal”, en COSTA, Pietro y ZOLO, Danilo (eds.) *The rule of law history, theory and criticism*, Netherlands, Springer, 2007.