

# Una noción de justicia constitucional para el conflicto.

Rafael Cruz Vargas.<sup>1</sup>

Resumen: La justicia constitucional ha sido concebida desde distintas perspectivas - institucional, procesal, o como actividad-, excepto la perspectiva de la propia de la justicia material. El presente ensayo se hace cargo de esta distinción y en él se reflexiona sobre cómo una noción de justicia ligada a los derechos humanos dota de este contenido a la justicia constitucional. No sin enfatizar que los derechos humanos, como principios jurídicos, no dejan de ser problemáticos y la definición de su reconocimiento, contenido y alcances es una fuente de conflictos y desacuerdos casi por esencia.

Palabras clave: *constitucionalismo, justicia, derechos humanos, conflicto social, control de constitucionalidad, funcionalismo.*

## ***Schmitt vs Kelsen: la discusión de apertura.***

Una de las cualidades de la constitución del constitucionalismo es la presencia de la «garantía jurisdiccional de la constitución». Al respecto, Guastini (2006) señala que ésta es una condición necesaria para el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. En sus palabras:

*La garantía jurisdiccional de la constitución. Tercera condición necesaria para que un ordenamiento esté sujeto a un proceso de constitucionalización es que tenga una constitución garantizada. Es obvio que la rigidez de la constitución, aunque formalmente establecida, no está asegurada en ausencia de algún tipo de control sobre la conformidad de las leyes a la constitución (tanto que se podría sostener que sin garantía de la constitución no hay «verdadera» rigidez). Por otra parte, en la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos el órgano competente para ejercer tal control es un órgano jurisdiccional o semi-jurisdiccional.*

Esta transcripción propone diversas cuestiones que han de ser abordadas de forma separada. Por una parte, requiere de alguna claridad sobre el concepto de *garantía*. Asimismo, se deja al aire la cuestión de la rigidez constitucional y si ésta es el verdadero objeto de la garantía constitucional y, finalmente, la cuestión sobre el sujeto en quien recae la garantía.

---

<sup>1</sup> Abogado especialista en juicio de amparo por la Universidad Panamericana y máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Siguiendo al propio Guastini (2006), una «constitución garantizada» se trata de aquella constitución que no sólo prevé un procedimiento especial para su revisión, sino que además, prevé alguna forma de «justicia constitucional», es decir, de *control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de las leyes*. Sin embargo, este argumento parece más bien uno de tipo circular. En un primer momento se afirmó que la garantía de la constitución tiene como objeto asegurar la rigidez constitucional y, a su vez, se dice que junto con la rigidez, la constitución se garantiza mediante alguna forma de «justicia constitucional». Pareciera entonces que la *rigidez* constitucional debe asegurarse a sí misma. O nos encontramos frente a un argumento tautológico, o bien Guastini identifica la rigidez constitucional con el propio concepto de la constitución.

Este problema -quizás semántico- se resuelve aclarando un poco sobre las garantías constitucionales y sobre su objeto en específico. Para ello, recurriremos a la distinción de Ferrajoli (2014), haciendo una analogía útil para facilitar la comprensión. Este autor entiende las garantías como *condición de efectividad* de las normas jurídicas, en específico, de los derechos. Sin embargo, se considera factible trasladar el concepto en beneficio de cualquier principio jurídico que requiera del auxilio de otras normas para su concreción como condición de aplicabilidad. En este sentido, las garantías vienen a conformar un «sistema de límites y vínculos sustanciales» (Ferrajoli, 2012) para hacer efectivo el contenido normativo de la constitución. Según este autor (2014), «Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad». Pueden clasificarse en garantías primarias y garantías secundarias. En el caso de los derechos, ya se refirió que las primeras consisten en la propia positivación, es decir, en su reconocimiento para integrar un ordenamiento normativo, en este caso, la constitución. Las secundarias consisten en los mecanismos contra la inobservancia de la norma jurídica que incorpora dicho reconocimiento. En este sentido, relacionando este aspecto con la idea de Guastini, se entiende que la rigidez constitucional ocupa un espacio intermedio entre la la constitución y su propia efectividad. Pues, por un lado, es una garantía que preserva la supremacía jurídica de la constitución y, por el otro, requiere de sus propias garantías. Sin embargo, se considera que Guastini se queda un poco corto de vista en este respecto y ello se debe a su propia concepción formalista (mecanicista y/o procedimentalista) de la constitución, la cual le obliga a considerar que la constitución requiere de garantías en virtud de la constitución misma. Bajo esta lógica, la garantía de la rigidez constitucional garantiza por sí misma la efectividad del ordenamiento constitucional por entero. Si observamos este principio con el lente de la concepción normativista y sustantivista de la constitución, advertiremos que una aseveración de este tipo no es del todo precisa.

La constitución bajo esta perspectiva tiene una finalidad precisa: «la limitación del poder político para la protección de los derechos fundamentales» (Salazar, 2016). Los derechos fundamentales se constituyen como límites formales y materiales del poder

soberano y sus decisiones gozarán de legitimidad sólo en la medida en que estos sean respetados y garantizados -se aseguren las condiciones de su efectividad-. Así, los derechos fundamentales, su reconocimiento y sus garantías, presentan un criterio axiológico de legitimidad del poder soberano -legitimidad jurídica o constitucional-, por lo que se les considera de un valor tal, que su reconocimiento normativo no es suficiente como garantía primaria, sino que se requiere dotarlos de un manto robusto e infranqueable para que su efectividad no tenga que competir con otra clase de normas jurídicas. Es por este motivo que se «constitucionalizan». La supremacía constitucional y la rigidez constitucional dejan de ser principios meramente protectores de la jerarquía normativa y del ordenamiento como sistema coherente de normas y pasan a ser garantías primarias de los derechos fundamentales, pues éste es el fin último del constitucionalismo.

Aclarado este punto, ya nos encontramos en posibilidad de ubicar lo que Guastini llama «justicia constitucional», como la garantía secundaria de los principios constitucionales. En caso de que, a pesar de su reconocimiento normativo en la constitución, los derechos fundamentales se vean vulnerados, entonces se requiere de su aseguramiento mediante «técnicas de coerción y/o sanción» (Ferrajoli, 2014) de las conductas que incumplan con sus exigencias normativas.

### **El «guardián de la constitución». *Kelsen versus Schmitt*.**

Una vez fundamentada la garantía de la constitución en virtud de su relación con los derechos fundamentales constitucionalizados, toca responder al cuestionamiento sobre el órgano competente para ello. Como se vio, Guastini (2006) no duda en afirmar que esta actividad se recarga en un órgano jurisdiccional o, al menos, semi-jurisdiccional. Sin embargo, esto no siempre se entendió así. A principios del siglo XX se suscitó una discusión académica que, a decir de varias personas estudiosas del constitucionalismo, movió a Hans Kelsen a sentar las bases teóricas para el desarrollo de lo que después se conocería como «derecho procesal constitucional» (Ferrer, 2008). Me refiero a la discusión que sostuvo con Carl Schmitt sobre el «guardián de la constitución».

La discusión se sintetiza en lo siguiente: mientras Kelsen propugnaba por la competencia en favor de un Tribunal Constitucional, Schmitt lo hacía en favor de dos cuestiones, quizás contradictorias; por un lado, que la constitución no necesita de garantía alguna y, por el otro, que, de reconocer su necesidad, ésta debería recaer en el Jefe de Estado. Tales conclusiones son el producto natural de la propia concepción que tenía cada uno del derecho y de la constitución.

Comencemos por estudiar las ideas de Schmitt (1931 y 2008<sup>2</sup>) sobre el tema. Para empezar, debemos partir con la concepción que tiene Schmitt de la constitución. Frente a una concepción normativa, este autor adopta más bien una concepción de la constitución como un documento eminentemente político. En él se deposita la expresión de la «voluntad política de un pueblo» con relación a determinadas cuestiones fundamentales. En el momento histórico de darse una constitución la comunidad está llamada a tomar ciertas «decisiones políticas fundamentales» que van a regir su vida colectiva. Entre estas decisiones se encuentran las alternativas de la democracia, la forma de gobierno, la forma de Estado, el reconocimiento de derechos fundamentales o la separación de poderes. Para este autor dichos elementos pueden estar presentes o no en la constitución, todo dependerá de la «voluntad política» que prevalezca en el proceso de darse una constitución. No obstante el carácter eminentemente político de la constitución, ésta también concentrará algunas normas jurídicas, las «reglas constitucionales». Las cuales, sin embargo, están sujetas a los valores adoptados en la toma de las decisiones políticas fundamentales y no tienen un contenido valorativo, sino político, pues dotan de identidad a la comunidad para el futuro.

Entonces, todo depende del poder creador de la constitución en quien recaen estas decisiones. Si éstas no son claras, o se toman en base a compromisos -perennes o temporales- y, por lo tanto, resultan ambiguas, entonces cualquier norma derivada de la constitución perderá todo tipo de justificación y cualquier «consideración normativa termina en una miserable manipulación lingüística». Esta concepción de la constitución se observa como un proceso «acabado», como el cúmulo de decisiones ya tomadas, las cuales tienen un carácter fundamental, inmodificable e inamovible. En estas características reside la garantía de la supremacía constitucional.

Ahora bien, para Schmitt la titularidad de la soberanía en este concepto de constitución reside básicamente en «quién tiene la última palabra». En este sentido, si la constitución es el cúmulo de las decisiones políticas fundamentales que dotan de identidad a un Estado, el poder soberano como tal habrá de depositarse en la figura que goza de la representación del mismo, pues a su vez que representante, será la expresión del *espíritu* de la constitución. Esta figura es el Jefe de Estado, pensado como un poder neutro, colocado por encima del resto, tal como lo concebía Benjamin Constant más de un siglo antes. Por una parte, la constitución como proceso «acabado» en realidad no necesita de guardián alguno, pues cada acto a futuro es una expresión de la voluntad política ahí manifestada. No obstante, Schmitt presenta un listado de elementos que, a su parecer, aseguran su efectividad: 1) su inmodificabilidad, 2) su inviolabilidad, 3) el juramento a la constitución cuyo incumplimiento conlleva responsabilidad penal por el delito de traición y 4) la resolución de «disputas constitucionales».

---

<sup>2</sup> Este estudio se ceñirá en las ideas de Schmitt vertidas principalmente en dos obras: *Constitutional Theory* y *The Guardian of The Constitution*, éste último escrito en respuesta directa a Kelsen.

Schmitt concibe la inmodificabilidad -rigidez- e inviolabilidad constitucionales como elementos innegables de la constitución, cuya efectividad se atribuye al propio carácter fundamental de las decisiones ahí expresadas. Bajo esta lógica, cualquier acto contrario a la constitución es, en realidad, un acto contra el Estado en sí mismo, lo cual se condena en virtud del delito de traición. Por otra parte, Schmitt analiza la Constitución de Weimar en su *Teoría de la Constitución* y observa que se prevé la competencia del Consejo de Estado para la resolución de las llamadas disputas constitucionales. Sin embargo, para entender este aspecto recurre a una distinción entre la constitución en sí misma y lo que podría traducirse como *reglas constitucionales*, es decir, aquellas normas jurídicas que son incluidas en la constitución pero que no forman parte de ella, pues no configuran «decisiones políticas fundamentales», por lo que no contribuyen a dotar de identidad al Estado. En este orden de ideas, las disputas constitucionales sólo son viables respecto de la interpretación y/o aplicación de este tipo de normas, nunca respecto de la constitución en sí misma.

Finalmente, Schmitt excluye cualquier intervención por parte del poder judicial. Lo anterior resulta coherente, pues si el contenido relevante de la constitución en realidad no es normativo o jurídico, el poder competente para aplicar las normas no tiene nada que hacer al respecto. Sobre todo si se considera que, según Schmitt, la constitución es un proceso «acabado», entonces el poder judicial no tendría nada que aportar; pues, además, no le compete pronunciarse respecto de las «decisiones políticas fundamentales». En caso de advertir que una decisión no fue tomada o el sentido de la decisión del poder creador de la constitución es ambiguo, corresponderá tomarla mediante un procedimiento deliberativo estricto que permita recabar la «voluntad política del pueblo».

Pasemos ahora a los elementos aportados por Hans Kelsen (1929)<sup>3</sup> a la discusión. Este autor tiene cualidades analíticas mucho más refinadas que las de Schmitt, quien resulta en cierto modo un teórico que no ofrece mucha claridad en su exposición. Por lo que sintetizar sus ideas es una tarea más sencilla. En primer lugar, se debe aclarar que el concepto de garantía que tiene Kelsen es el de «asegurar la regularidad jurídica» de las normas con respecto a la norma que le es inmediatamente superior, bajo tres criterios: en cuanto a la forma de creación de la norma; a la competencia del creador de la norma y en cuanto a un mínimo respeto del contenido de la norma. En tanto se cumplan estos criterios, la norma deberá ser considerada válida, existente y vigente. Esto es lo que se conoce como el «orden dinámico del derecho». En realidad, en la teoría de Kelsen el derecho se mueve constantemente entre un estado de estabilidad y uno de dinamismo. Estabilidad en cuanto a que las normas jurídicas, sobre todo las de grado superior, deben encontrar cierta durabilidad

---

<sup>3</sup> En lo que respecta a las ideas de Kelsen, se ceñirá el estudio en las ideas vertidas en su ensayo *The nature and development of constitutional adjudication*. La versión en español se titula *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Cabe aclarar que Kelsen no sólo responde a Schmitt en esta discusión sino también a otros académicos como León Duguit que proponen otro tipo de objeciones a la idea de la jurisdicción constitucional.

en cuanto a su vigencia, por lo que el dinamismo se presenta en la creación de normas inferiores, pues constantemente se deben de emitir actos de creación normativa que resulten de la concreción de las normas superiores. Schmill (2010) lo simplifica del siguiente modo:

*A partir del concepto del orden dinámico, tenemos una norma fundamental que establece los procesos de creación y los contenidos de las normas subsiguientes o de grado inferior, hasta llegar a las más individualizadas que ya establecen únicamente derechos y obligaciones o sanciones concretas.*

En este sentido el derecho es una constante actividad de concreción de las normas superiores, medio por el cual regula su propia creación. En este sentido, la regularidad jurídica de las normas dependerá de una *relación de conformidad* con aquella que se encuentre en un nivel superior en el ordenamiento jurídico. La constitución, entonces, cuenta con la naturaleza de una norma jurídica con la particularidad de encontrarse en el nivel más alto del ordenamiento, lo cual tiene como consecuencia que las normas inmediatamente inferiores deberán adecuarse a ella para poder ser consideradas válidas y, en consecuencia, existentes y aplicables -efectivas-. Una norma irregular, simplemente deja de tener el carácter de norma jurídica.

Ahora bien, como se observa, esta garantía, entendida como regularidad jurídica, en realidad tiene como objeto la unicidad y coherencia del sistema. Como lo explica también Schmill (2010), «Tenemos, en primer término, la Constitución. Se dicta la ley, se ha seguido el procedimiento y tiene el contenido correspondiente, es un sistema unitario» y se continúa con las normas subsecuentes hasta llegar a las concreciones individualizadas de la norma. Sin embargo, se advierte la posibilidad de que se produzca una norma que no siga el procedimiento o no respete el contenido correspondiente. En tal caso, se sostiene la unicidad del sistema, pues la norma sigue perteneciendo al mismo; sin embargo, pierde su coherencia pues los criterios de conformidad con la norma superior no fueron satisfechos. Kelsen propone la siguiente solución:

*... en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita, o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta en tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un Tribunal Constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución (citado en Schmill, 2010).*

De estas ideas se pueden advertir algunas consideraciones trascendentales: por un lado, el carácter normativo de la constitución; por el otro, los estándares de regularidad jurídica como garantía de efectividad de las normas, incluidas las inmediatamente inferiores a la constitución y, finalmente, la necesidad de que la propia constitución prevea un mecanismo de *saneamiento* que opere *a posteriori* en el caso de que se llegara a crear una norma irregular

-por tanto inválida, inexistente e inaplicable-. Este mecanismo se encarga a un Tribunal Constitucional. Veamos las características de este órgano y su forma de actuación:

¿Por qué a un Tribunal? Esta pregunta se responde con uno de los elementos constatados en el párrafo anterior. La constitución tiene el carácter de una norma jurídica. Aunque con ciertas particularidades, como el de regular el modo de producción normativa subsecuente y encontrarse en el pináculo de la jerarquía normativa, su operación no tiene porqué ser distinta de las demás. En este sentido, son los jueces los destinados a la aplicación de las normas jurídicas. Los encargados de la tarea de concretizarlas en normas individualizadas -acto de adjudicación-. Sin embargo, Kelsen no se ve dispuesto a recargar esta responsabilidad en un tribunal ordinario, pues no deja de ser la responsabilidad de hacer efectiva la norma constitucional, la base fundamental del Estado, y ello trae consigo que las disputas relacionadas con su aplicación adquieran un carácter especial.

Ahora bien, esta facultad de revisión de la regularidad constitucional de las normas jurídicas únicamente puede ejercerse sobre las normas inmediatamente inferiores a la constitución, como lo son las leyes generales que produzca el legislativo. Excepcionalmente podrán ser revisados los actos administrativos, como actos de un nivel inferior de concreción, en los siguientes casos:

1. Por violar directamente la constitución, en los casos en que en ella se regule la producción del acto;
2. Cuando su producción se fundamente en una ley que adolezca de una irregularidad constitucional (en realidad, la revisión se efectúa sobre la ley); y
3. En aquellos casos en que el acto administrativo se produzca sin base legal alguna.

Los efectos de la irregularidad de una norma jurídica por ser contrarias a la norma constitucional consisten en su anulabilidad, pues no satisface los requerimientos previstos en la norma superior, por lo tanto, no debe seguir perteneciendo al sistema jurídico. Dichos efectos únicamente surtirán a futuro. Se deja intocada la situación existente antes de su declaración de irregularidad. El vacío dejado por la anulación de la norma deberá ser colmado a discreción del Tribunal. En concepto de Kelsen, ese mecanismo es el que mejor garantiza la efectividad de la constitución. Otros efectos como lo pudieran ser los de carácter represivo, como la imposición de responsabilidades, en realidad no afectan la norma defectuosa, por lo que el problema de fondo no se resuelve<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> En respuesta directa a la ingenuidad de Schmitt de considerar que la sanción por el delito de traición constituye una garantía efectiva de la constitución.



Ya que el Tribunal Constitucional tendrá como tarea revisar la regularidad jurídica de las leyes generales y sus facultades incluirán la posibilidad de anular los actos normativos defectuosos -legislativos o, en su caso, administrativos-, debe garantizarse su independencia de cualquier otra autoridad pública. Sin embargo, en las discusiones suscitadas en la materia, surgió la llamada «objeción contramayoritaria», consistente en cuestionar la legitimidad de un órgano jurisdiccional de materialmente derogar una norma aprobada por el órgano democrático por excelencia, como lo es el poder legislativo. Kelsen ofreció las siguientes respuestas:

- a) No se puede argumentar que la soberanía reside exclusivamente en un único órgano estatal, sino en todo el Estado, el cual encuentra su base fundamental en la constitución;
- b) La exigencia de que el legislador se someta a la constitución en la producción de las leyes, no es distinta a la exigencia de que la administración y la jurisdicción se sometan a su vez a la ley; y
- c) Resulta inaceptable admitir que el actuar legislativo, con base en su legitimidad democrática, carece de límites jurídicos, en tanto la constitución contiene las normas regulativas para la creación legislativa.

Asimismo, consideró que en el diseño institucional del Estado, se incrustara al Tribunal Constitucional como un órgano legislativo con forma judicial, distinto e independiente. Para explicar esta operación, usó de ejemplo las constituciones que prevén un poder legislativo bicameral, en los cuales subsisten dos órganos independientes entre sí pero que conforman un mismo poder. Lo anterior le pareció congruente pues, materialmente hablando, la anulación de las leyes es una función legislativa de carácter *negativo*.

Finalmente, se enumeran algunos requisitos expresados por Kelsen en lo que se refiere a la organización del Tribunal Constitucional:

- a) Que no tenga un número muy elevado de integrantes;
- b) El establecimiento de un procedimiento de elección que combine la participación de los poderes legislativo y ejecutivo;
- c) Asegurar un lugar a los juristas por profesión, considerando la participación de facultades de derecho para proponer integrantes;<sup>5</sup> y

---

<sup>5</sup> Kelsen no estima necesaria una conformación exclusivamente por juristas.



d) Excluir a integrantes del legislativo y del ejecutivo.

Por último, se considera pertinente mencionar los comentarios de Kelsen respecto de la forma para «activar» al Tribunal Constitucional. Como «legislador negativo», nuestro autor ve restringida la posibilidad de actuar proactivamente o de manera oficiosa, por lo que se requiere de un órgano público o sujeto ordinario que acuda al Tribunal por la vía procedimental respectiva para que éste pueda conocer de la constitucionalidad de una norma. En la práctica, entonces, se identifican algunos supuestos que darían lugar a una controversia de este tipo que tenga que ser sometida al conocimiento del Tribunal Constitucional:

- Un órgano del Estado advierte ser el destinatario de una norma que adolece de irregularidad constitucional, por lo tanto, en lugar de acatar su mandato acude al Tribunal para acusar dicha situación;
- Un órgano del Estado inferior o un particular, desacata un mandato normativo por considerar que se sustenta en una norma irregular; de tal manera que el órgano que intenta imponer el mandato de la norma acude al Tribunal.

Obviamente, estos casos hipotéticos dependen de las reglas específicas de procedencia, sin embargo, es posible observar que subyace una noción de «desobediencia justificada», en este caso, en un orden de carácter superior, la cual, en una concepción sisemática de la constitución, encuentra fundamento por una cuestión de mera superioridad jerárquica; sin embargo, si la trasladamos a una concepción sustantivista, la encontraría en la prevalencia de una norma sobre otra por un criterio de *justicia*.

### **La «justicia constitucional»: una concepción para el conflicto.**

Es posible identificar algunas acepciones de lo que pudiera entenderse por «justicia constitucional», mismos que giran alrededor del concepto de control constitucional, como actividad lógico-sisemática que realizan los jueces constitucionales de analizar las normas y actos jurídicos a la luz de la constitución o, en su caso, de un bloque de superioridad -relación entre material controlado y material controlante (Sagüés, 2016)-:

1. La justicia constitucional como jurisdicción constitucional. Se refiere a una acepción institucional de la justicia constitucional, es decir, al órgano competente para efectuar el control de constitucionalidad -el objeto de la controversia entre Schmitt y Kelsen-.
2. La justicia constitucional como derecho procesal constitucional. La acepción utilizada por los procesalistas, como Ferrer (2008), y se refiere a una acepción

científica y procedimental del control de constitucionalidad, centrada en el estudio conceptual de figuras procesales, tales como las vías para acceder al control de constitucionalidad y otras reglas que rigen el proceso judicial: procedencia, legitimación, plazos, sentencias y sus efectos, etc.

3. La justicia constitucional como «control de constitucionalidad». Esto es la identificación entre la justicia constitucional y la actividad de los jueces al momento de llevar a cabo el control de constitucionalidad.

Ninguna de estas concepciones asume de forma completa lo que hoy en día significaría aplicar la constitución. En resumidas cuentas, la «justicia constitucional», desde una perspectiva normativa y sustantivista como la que se pretende asumir para una comprensión cabal de lo que significa «vivir» la constitución y con ella los conflictos subyacentes, habrá de consistir, antes que nada, en una operación práctica-problemática, a su vez que autoritativa o regulativa, que implica guías de la conducta para la acción y para la resolución de conflictos, no sólo de los órganos de gobierno sino de la comunidad en general -acción política y jurídica-, así como criterios de valoración sobre la corrección e incorrección de un determinado estado de cosas (Atienza en Aguiló, *et al.* 2007).

Lo anterior en atención a la claridad conceptual con la que se cuenta hoy en día sobre la noción de justicia. Si bien subsisten concepciones encontradas, a partir del constitucionalismo como fenómeno consistente en el reconocimiento de los derechos fundamentales como valores o bienes dignos de la implementación de una serie de técnicas normativas de protección como lo es su propia constitucionalización, en virtud de premisas prácticas o valorativas «extrajurídicas» (Laporta, 1987), se ha logrado configurar una decisión esencial para la vida colectiva consistente en el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, que le otorgó al derecho, como práctica social, un revolucionado esquema para su justificación interna y externa. Una institución como lo sería la justicia constitucional, entonces, no puede definirse únicamente a partir de aspectos mecánicos o procedimentales, como garantía de un principio *sistémico* de supremacía constitucional, sino de un principio *valorativo* de supremacía constitucional en virtud de su contenido, pues en la constitución se contiene el compromiso moral fuerte de promover un «estado de cosas justo», entendido como un contexto social que beneficie el ejercicio pleno de los derechos y libertades individuales, políticas o sociales y que provea de las herramientas adecuadas para solventar los conflictos que entre ellos pudieran generarse.

Es inherente a los derechos humanos una fuerte carga política y moral, circunstancia que facilita la generación de conflictos o desacuerdos en el seno de una comunidad política plural, en virtud de que su indeterminación *prima facie* da lugar a orientaciones diversas y contradicciones respecto de las exigencias concretas que contienen de forma implícita.

Como refiere Waldron (1999), los *casos constitucionales*, es decir, aquellos casos en los que se tiene que decidir sobre alguno de los elementos de la constitución, traen consigo opiniones contrarias insertas en la comunidad política, en la cual existen desacuerdos generales y específicos entre sus miembros, «incluso en momentos de ‘calma’ o ‘lucidez’», sobre los derechos de los que son titulares; sobre cómo se conciben esos derechos y sobre el peso que se les debe otorgar en relación con otros valores.

El mismo autor ilustra este punto con una narrativa como la siguiente:

- (1) La comunidad se compromete a sí misma, a través de la constitución (por una mayoría abrumadora) respecto de una fórmula bastante abstracta sobre un derecho fundamental. Algunas personas (la minoría) dudan substancialmente sobre su inclusión en la constitución – consideran que su adopción es incorrecta o insensata –, mientras que, entre aquellos que apoyaron su aprobación, se encuentran opiniones encontradas sobre sus alcances específicos.
- (2) El legislativo adopta una medida que pudiera argumentarse que viola esta provisión constitucional. Esta medida es apoyada por una mayoría de representantes; algunos de ellos porque no creen que sea contraria con el principio en cuestión, otros porque estuvieron en contra del principio desde su origen.
- (3) Un tribunal – constitucional –, en una decisión por mayoría simple, sostiene que la medida adoptada por el legislativo es inconstitucional. Los magistrados que quedaron en minoría, argumentan que la legislación debió ser validada, bajo el argumento de que la interpretación de la constitución aludida para decidir por su inconstitucionalidad es incorrecta, principalmente porque conlleva una irrazonabilidad moral de la provisión constitucional.

La observación que recae en este caso es la circunstancia de que el conflicto inicial, sobre el contenido y alcances específicos del derecho consuetudinario en el momento (A), presente al momento de su formulación de origen, persiste tanto en el momento (B) en el que el legislativo concretiza algunas de sus implicaciones y alcances, y en el momento (C) en el que el Tribunal Constitucional debe decidir sobre la validez constitucional de los actos del legislativo. Inclusive, en el proceso de jurisdicción constitucional quienes argumentan por la invalidez o por la validez constitucional, acudiendo a la interpretación del derecho o del principio en un sentido u otro, replican nuevamente el conflicto instaurado desde el origen – el momento (A) –.

De tal manera que los conflictos presentes entre quienes integran una comunidad política, plural y diversa, normalmente versan sobre el contenido, alcances e incluso el reconocimiento de los derechos. El derecho a la vida, a la libertad religiosa, a la

autodeterminación étnica y cultural, al desarrollo de la propia personalidad, e incluso los derechos económicos y sociales son entendidos bajo concepciones encontradas.

Por lo que estos conflictos constituirán de una u otra forma *la materia prima* de la justicia constitucional y su reto más grande será el de gestionarlos y ofrecer una respuesta que abone en la construcción de una resolución adecuada. Pues, además, cualquiera que sea el sentido de la decisión de los Tribunales Constitucionales, ésta no es más que el presagio de un nuevo desacuerdo (*ongoing discussion*). Por lo que una sentencia en el marco de la justicia constitucional pasa a formar parte del cúmulo de razones prácticas que llevarán a tomar decisiones en el futuro sobre el mismo conflicto y otros diversos.

Ahora, para hacer la correlación entre justicia constitucional y conflicto social surge la necesidad de ubicar una noción del «conflicto social» que pueda ser compatible con la noción de justicia constitucional ya explicada. En términos generales, se puede hablar de dos grandes concepciones del orden social, los cuales condicionan la interpretación de los conflictos sociales. Citando a Lorenzo (2001), ubicaríamos la siguientes:

- a. Teorías consensualistas: La organización de cualquier sistema social tiende a la autocompensación entre los actores y las fuerzas que articulan sus estructuras y su funcionamiento. Los conflictos sociales son pues situaciones anómalas, fruto de una alteración en el discurso normal de la vida social, de manera que tendrán que ser explicados en términos espasmódicos.
- b. Teorías conflictivistas: La sociedad encierra dentro de sí una serie de contradicciones y objetivos colectivos contrapuestos que provocan confrontación de intereses. Por esta razón, el conflicto es inherente a cualquier dinámica social, es un imperativo estructural y un motor de cambio social.

La realidad nos obliga a ubicarnos en el cúmulo de las teorías conflictivistas, en tanto exige reconocer una realidad empírica relacionada con la presencia inevitable del conflicto en la dinámica social. Pues la estructura social misma produce el posicionamiento de intereses antagónicos y objetivos colectivos contrapuestos. Una explicación de esta idea se puede encontrar en el concepto ya explorado de desigualdad estructural (Fiss, 1976 y Saba, 2016), el cual parte de la identificación de grupos que se encuentran en una situación de discriminación o exclusión, misma que no se supera con medidas neutrales, puesto que éstas no hacen más que perpetuarla. Para superarse se requiere la «transformación» del contexto social en que viven. En otras palabras, la estructura social, entendida como una circunstancia generada por una dinámica social conflictivista en la que, en un momento dado, un grupo se colocó en una situación privilegiada a costa de otro, genera un nuevo conflicto derivado de las exigencias del grupo ahora sometido de *alcanzar* al grupo privilegiado. Estas exigencias se convierten en un imperativo estructural y en un motor de cambio. Precisamente este último

aspecto se evidencia en la construcción de la igualdad jurídica material como exigencia normativa, la cual ya no sólo implica el diseño del ordenamiento jurídico mediante leyes igualitarias, sino además exige su transformación y la transformación del propio contexto social.

Nos ubicaremos, entonces, entre una teoría del conflicto que tiene como base el marxismo crítico y la teoría de las funciones del conflicto (siguiendo a Lorenzo, 2001).

### El Marxismo.

«*La historia de todas las sociedades habidas hasta hoy ha sido la historia de la lucha de clases*» (Marx y Engels, 1985: 45). Esta expresión da cuenta de cómo el conflicto está inmerso en el pensamiento marxista. En términos generales, la teoría marxista del conflicto parte de la idea de que su origen se ubica casi exclusivamente en la lucha de clases librada en dos ámbitos, el social -la actitud de clases antagónicas en cada sociedad- y el socioeconómico -la interacción entre fuerzas productivas y relaciones de producción- (Lorenzo, 2001); y entre dos actores: la clase dirigente y la clase sometida, pero con aspiraciones de dejar de serlo, por lo que la explicación gira alrededor del concepto de «clases antagónicas».

Según Lorenzo (2001), una aportación importante del marxismo es que los movimientos sociales no son simples reacciones contra la injusticia, sino que, trascendiéndola, existe lo que llaman «intereses de clase», los cuales fundamentan los programas de acción y de las ideologías, mismas que se adoptan a través de la «conciencia de clase», entendida como el ejercicio de autorreconocimiento del grupo, tanto a nivel grupal, como a nivel individual, y sus exigencias inherentes. Esta conciencia de clase será el combustible de cualquier acción colectiva.

### El funcionalismo del conflicto social.

El funcionalismo incluye una diversidad de teorías del orden social según la cual la sociedad está estructurada de tal manera que cada institución -en su sentido sociológico, no jurídico- existe porque satisface una necesidad social específica, mismas que están perfectamente identificadas (Lorenzo, 2001). Si bien este marco conceptual se originó de ideas más bien conservadoras, en las que el conflicto social era entendido como un cúmulo de «disfunciones» que debían corregirse o, incluso, criminalizarse; también sirvió de base para una corriente que identifica una función específica al conflicto social.

Como explica Lorenzo (2001):

*En primer lugar, refuerzan, aunque resulte paradójico, el aparato normativo de los sistemas sociales, fortaleciendo las normas preexistentes y haciendo nacer otras nuevas que adecúan su funcionamiento a las aspiraciones de los actores sociales y readaptan el sistema a los cambios de su contexto. La estructura normativa, por medio de la negociación y el consenso -actitudes previsoras en cualquier caso de radicalización de la protesta social-, da estabilidad al sistema social, conduciéndolo por la senda del reformismo, el mejor antídoto contra la revolución<sup>6</sup>.*

*En segundo lugar, las disensiones refuerzan los lazos sociales sistemáticos: los llamados conflictos transversales hacen que individuos o grupos conflictivos en un campo determinado, deban asumir e interiorizar el papel de defensores del orden en otros. De este modo, los conflictos se autoanulan y se restringe su extensión social y su radicalización, evitándose la aparición de contraproyectos sociales revolucionarios.*

*Por último, suponen una mejor adaptación del individuo al status quo, al actuar como desfuegos psicológicos individuales, concepto en cuyo desarrollo jugaría también un papel central el éxito de la psicología conductista.*

Resulta interesante esta concepción del conflicto social, pues concibe el fenómeno como un verdadero punto de encuentro y como una oportunidad para abrir ventanas al diálogo para la negociación y el consenso, pues a partir del conflicto se genera una relación entre dos partes que quizás no se encontraban relacionadas con anterioridad, forzándolas además a definir las cuestiones que dan origen al conflicto -issues- y a encontrar una solución (Coser, 1956). Asimismo, prevé la posibilidad de un dinamismo con respecto a los actores en conflicto. Quienes asuman un papel de defensores de la estabilidad en un tema, deben interiorizar la posibilidad de que quizás el día de mañana se constituyan como la parte transgresora en otro tema. Si bien el marxismo precisamente nos obliga a ser capaces de revisar el conflicto social -y su historia- desde la visión de los grupos oprimidos y, de alguna u otra forma a comprender lo que motiva su acción colectiva, esta teoría de las funciones del conflicto atiende a una dinámica social más plural y, por supuesto, con mayores posibilidades de despresurización que permitan evitar su radicalización.

No obstante, como se mencionó citando a Saba (2016), el constitucionalismo no puede esperar que los únicos conflictos que se produzcan en una comunidad política plural se generen entre partes no radicalizadas, dispuestas a la negociación y al consenso, sino que también tiene que ser capaz de identificar las situaciones de desigualdad estructural que perpetúen en un momento dado una condición de sometimiento de algún grupo, sea por el motivo que sea, y, también de encontrar los mecanismos institucionales para su propia

---

<sup>6</sup> Esta cita remite a la siguiente nota al pie: «Véase Coser L., *The functions of Conflict*. Nueva York, 1956.

transformación; en este sentido, el conflicto social, como enfrentamiento de intereses, tiene un fuerte potencial de creación normativa (Weber, 1993).

A su vez, el conflicto puede sacar a la luz exigencias que pudieran mantenerse ocultas en la construcción normativa de los derechos y los principios si no se hubiese generado. Aquellos que incurren en comportamientos antagónicos cobran consciencia de normas básicas que rigen los derechos y deberes de la colectividad. De esta manera el conflicto intensifica la participación social, pues la comunidad puede darse cuenta de pronto que una de las partes en conflicto representa sus intereses o comparte su orientación con respecto a la concepción de los alcances de un derecho o de un deber en particular (Cosser, 1956).

En conclusión, el conflicto social y el constitucionalismo encuentran dos puntos de toque bastante evidentes. Por un lado, debido al potencial de creación normativa del conflicto, el cual puede llegar a redefinir la propia constitución y, por el otro, esta *ventana* que abre el conflicto social para que las partes confrontadas, en un plano de igualdad, puedan llegar a tener una consciencia más clara de las exigencias que precisa el hecho de ser titulares de derechos fundamentales e, incluso, de construir, a partir de las dinámicas propias del conflicto, nuevas exigencias que doten a los principios jurídicos valorativos de alcances extendidos para su aplicabilidad. El conflicto social es definitivamente una buena oportunidad para que las partes sean partícipes del fenómeno constitucional, de «vivir en su constitución» y aportar en su construcción para el cabal cumplimiento de sus propósitos últimos.



*Fuentes:*

Aguiló, Josep, Atienza, Manuel y Ruiz-Manero, Juan (2007). *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. España: Iustel.

Coser, Lewis (1956). *The functions of social conflict*. New York: Routledge.

Ferrajoli, Luigi (2012). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En *Doxa*, número 34, pp. 15-53.

\_\_\_\_\_ (2014). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta.

Ferrer M., Eduardo (2008). *Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del Derecho Procesal Constitucional (1928-1956)*. En Ferrer M., E. y Zaldívar L., A. (coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. I, Teoría general del derecho procesal constitucional*. México: UNAM, IJ, IMDPC, Marcial Pons, pp. 529-657.

Fiss, Owen (1976). *Groups and the equal protection clause*. Princeton: Institute for Advanced Study.

Guastini, Riccardo (2006). *La sintaxis del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Kelsen, Hans (1929). *Nature and development of constitutional adjudication*. Traducción al inglés de Lars Vinx. Berlín: Duncker & Humblot, 4ª edición, 1996. En Vinx, Lars (compilador) (2015). *The guardian of the constitution. Hans Kelsen & Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 22-78.

Laporta, Francisco (1987). *Sobre el concepto de derechos humanos*. En *Doxa* número 4. Recuperado en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4\\_01.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf).

Lorenzo C., Pedro-Luis (2001). *Principales teorías sobre el conflicto social*. En *Norba* 15. *Revista de historia*, pp. 237-254.

Marx, Karl y Engels, Friedrich (1985). *El Manifiesto del Partido Comunista*. Alhambra. Madrid.

Saba, Roberto (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* México: Siglo XXI editores.

Sagüés, Néstor P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/33.pdf>.

Salazar, Pedro (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: FCE, IJ-UNAM.

Schmill, Ulises (2010). *Contestación a la réplica de Juan Ruiz-Manero*. En *Doxa* número 33, pp. 47-62. Recuperado en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32592/1/Doxa\\_33\\_03.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32592/1/Doxa_33_03.pdf).

Schmitt, Carl (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Traducción al inglés de Carl Schmitt. Berlín: Duncker & Humblot, 4ª edición, 1996, en Vinx, Lars (compilador) (2015). *The guardian of the constitution. Hans Kelsen & Carl Schmitt on the limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 79-124.

\_\_\_\_\_ (2008). *Constitutional Theory*. Traducción al inglés por Jeffrey Sietzer. Estados Unidos: Duke University Press.

Waldron, Jeremy (1999). *Law and disagreement*. Oxford University Press, UK.

Weber, Max (1993). *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Editorial Planeta Mexicana. México, D.F.