

La advertencia de Kelsen: entre derechos humanos asfixiantes y tribunales insoportablemente poderosos

Miguel Ángel Córdova Álvarez.*

Resumen

La indeterminación de los derechos humanos empodera a los tribunales. Esto puede salir muy bien o muy mal. Si los tribunales son diferentes al legislador y conciben a los derechos humanos como límites y vínculos, se limitarán al controlar la constitucionalidad de la ley y todo irá bien; pero si los tribunales son activistas, concebirá a los derechos humanos como un límite a la deliberación democrática e impondrán sus convicciones morales como norma a través del control judicial. Y eso no es bueno. Desde esta perspectiva, abordaré las relaciones de los derechos humanos con el ordenamiento jurídico, la interpretación y constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras claves: Kelsen, tribunales, constitucionalidad, pirámide, interpretación.

Kelsen's warning: between stifling human rights and unbearable powerful courts

Abstract

Human rights empower courts. This is a consequence of its open texture, but it can be very good or bad. If courts show deference to legislature and look at human rights as norms imposing limits and duties, they will show self-restraint when performing judicial review and things will be good; but if courts take the activist lane, they'll see human rights as a limit to democratic deliberation and will impose their moral convictions as law through judicial review.

Keywords: Kelsen, courts, constitutionality, pyramid, interpretation.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana; Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Cristóbal Colón; y Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales, por la Universidad de Castilla-La Mancha.

Anuario Venezolano de Derechos Humanos.
ISSN: 3104-6975

Résumé

L'indétermination des droits de l'homme donne du pouvoir aux tribunaux. Cela peut être très bénéfique ou très préjudiciable. Si les tribunaux se distinguent du législateur et considèrent les droits de l'homme comme des limites et des liens, ils se limiteront au contrôle de la constitutionnalité des lois et tout ira bien. Mais si les tribunaux sont des activistes, ils considéreront les droits de l'homme comme une limite à la délibération démocratique et imposeront leurs convictions morales comme norme par le biais du contrôle judiciaire. Et cela n'est pas bon.

Dans cette perspective, j'aborderai les relations entre les droits de l'homme et l'ordre juridique, ainsi que l'interprétation et la constitutionnalisation du droit international des droits de l'homme.

Mots clés: Kelsen, tribunaux, constitutionnalité, pyramide, interprétation.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que Kelsen teorizó al ordenamiento jurídico como una cadena descendente de creación normativa, presentó sus reservas con las normas sustantivas de rango constitucional¹. En 1929 sostuvo que la constitución debe abstenerse de ese género de fraseología, y que los principios relativos al contenido de las leyes deben formularse de la manera más precisa posible². Da Silva Moreira denomina a estas reservas como *la advertencia de Kelsen*³.

La advertencia se proyecta sobre los principios de justicia y derechos humanos reconocidos en la constitución; aquí me ocuparé sólo de los derechos humanos. Y es que, en manos de los tribunales, los derechos humanos se convierten en una herramienta que puede convertirlos en un órgano estatal insoportablemente poderoso. Esto obedece a que –vía interpretativa– los tribunales determinan el contenido de los derechos humanos, y luego usan esas interpretaciones como vara de medir para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Entonces, existe el riesgo de que los tribunales tengan una idea de los derechos incompatible con la de la mayoría de la población, o de la del legislador⁴. Y es que cuando los tribunales controlan la constitucionalidad de alguna ley, lo que va a prevalecer es *lo que los tribunales digan que los derechos humanos son*. Esto asfixia los procesos de deliberación democrática. En este sentido, tomarnos en serio la advertencia de Kelsen puede evitar que los derechos humanos se vuelvan arcilla en manos de los jueces.

Sin embargo, cuando las constituciones incorporan el derecho internacional de los derechos humanos se afirman cosas como que *Kelsen ha sido superado*. Otros, más generosos, dicen que *su teoría de la pirámide normativa ha recibido un golpe mortal*⁵. Y tiene sentido. Quienes se ocupan de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos favorecen una teoría marcadamente antipositivista,

¹ Hans Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p. 81.

² Kelsen. *La garantía...*, 81.

³ Alberto Da Silva Moreira. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley y en el Estado Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 29.

⁴ Kelsen. *La garantía...*, p. 80.

⁵ Néstor Pedro Sagüés. *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2016, p. 316.

sustancialista, casuística, judicialista, y axiologista⁶. Por esta razón, quedan deslumbrados por el poder judicial, y le encomiendan una empresa permanente de perfeccionamiento del orden jurídico a partir de las normas de derechos humanos⁷.

Esto provoca dos fenómenos: 1) que los derechos humanos funcionen como la vara de medir con la que tribunales evalúen la validez del orden jurídico; y 2) todo el derecho –incluida la constitución– queda sujeto a un permanente análisis de compatibilidad con los derechos humanos, pero ya no solo por razones jurídicas sino por las razones morales o políticas de los tribunales⁸.

Por lo anterior, a la luz de la advertencia de Kelsen, analizaré las relaciones de los derechos humanos con el ordenamiento jurídico, con la interpretación y con la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. A estas variables subyacen dos hilos conductores: el valor normativo de los derechos humanos, y el rol del poder judicial en la aplicación de los derechos humanos.

2. KELSEN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La teoría pura del derecho puede dar cuenta de las normas de derechos humanos de fuente internacional y constitucional

La teoría del ordenamiento escalonado –la pirámide normativa, pues– forma parte de la teoría pura del derecho. Ésta es una teoría que describe y explica el derecho positivo, al margen de preferencias políticas y morales⁹.

Esta depuración ideológica está en el método de la teoría y no en su objeto; por eso se llama teoría pura del derecho y no teoría del derecho puro. Y su propósito es evitar que el discurso teórico se convierta en una prescripción de cómo debe ser el derecho positivo, o en un discurso justificatorio del derecho positivo. Pero la depuración ideológica ocurre a nivel teórico, no a nivel jurídico-positivo. Entonces, las normas

⁶ Josep Aguiló Regla y Rodolfo Vigo. *Fuentes del derecho. Dos visiones*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 13.

⁷ Bernd Rüthers. *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 85 y ss.

⁸ Andrés Rosler. *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz, Buenos Aires, 2019, p. 138 y ss.

⁹ Hans Kelsen. *General Theory of Law and State* (Cambridge: Harvard University Press, 1945), xiii.

constitucionales e internacionales de derechos humanos no son incompatibles con la teoría pura del derecho.

A Kelsen no le encantaba la idea de tener derechos humanos en la constitución. Pero ese rechazo no tenía que ver con los derechos humanos, sino con las disposiciones que los reconocen; por eso, desde 1929 sostuvo que cuando las constituciones establecen principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible¹⁰.

Esto obedece a que las normas sustantivas abren la puerta a que el tribunal constitucional convierta sus convicciones morales en derecho cuando interprete los derechos humanos. Así, las normas constitucionales sustantivas –como los derechos humanos– no eran santo de la devoción de Kelsen. Pero eso no significa que las ignorara.

Por lo tanto, no es cierto –como afirma Vigo– que Kelsen se negara a reconocer en su teoría la existencia de normas sustantivas en la constitución¹¹; o que la teoría kelseniana del derecho está en bancarrota porque no sirve para dar cuenta de las normas constitucionales que reconocen derechos humanos¹². Tampoco es cierto que el rechazo a normas constitucionales sustantivas fuera necesario para la congruencia de la teoría pura del derecho, en el sentido de que implicaría la introducción de la moral en el derecho¹³.

Kelsen era formalista, no ciego. Los derechos humanos estuvieron presupuestados desde La garantía jurisdiccional de la constitución. Por esa razón, la teoría pura del derecho está en condiciones de dar cuenta de los derechos humanos –de fuente constitucional e internacional–, y de describir sus relaciones con el ordenamiento jurídico, la interpretación y la convencionalización de la constitución.

2. Las normas de contenido sustantivo (derechos humanos) en la teoría pura del derecho

Para Kelsen el orden jurídico es una cadena de autorizaciones, de arriba hacia abajo. Esa cadena empieza en la constitución y acaba en la norma individualizada; de este modo, el derecho se ordena en diferentes niveles de normas jurídicas.

¹⁰ Kelsen. La garantía..., p. 80.

¹¹ Regla y Vigo. Fuentes..., p. 15.

¹² Rodolfo Luis Vigo. De la ley al derecho (México: Porrúa, 2012), 92.

¹³ Regla y Vigo. Fuentes..., p. 15.

Kelsen siempre fue consciente de que una constitución podía ser regla de procedimiento y regla de fondo. Por eso, las leyes –para ser válidas– deben elaborarse de conformidad con el procedimiento prescrito por la constitución; y su contenido debía ser compatible con las normas sustantivas de rango constitucional –especialmente los derechos humanos–. Así, el legislador tiene el deber de no exceder los límites formales y sustantivos establecidos por la constitución, mediante reglas de procedimiento y fondo¹⁴.

Esta primera formulación coloca a la constitución en la cúspide de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico, porque dispone las normas conforme a las que se deben producir las leyes. Éstas regulan el procedimiento de creación y el contenido de otro tipo de actos normativos y así sucesivamente.

En la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*¹⁵, Kelsen formula la idea del ordenamiento escalonado en torno a la *dinámica del derecho*. Así, del hecho de que sean normas jurídicas las que regulen –en su totalidad– el procedimiento de creación de otras normas y –con intensidad variable– el contenido de las normas creadas se desprende que las normas jurídicas no se crean, ni tienen eficacia, por arte de magia. Es necesario que un órgano competente para crear derecho aplique las normas que regulan la producción de nuevo derecho y, de esa manera, puedan existir nuevas normas jurídicas.

De este modo, el orden jurídico se estructura de manera jerárquica, como si fuera una pirámide. Las normas que regulan la forma y el contenido de la creación se ubican en un escalón superior; y las normas creadas conforme a esas normas están en un escalón inferior¹⁶.

En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen desarrolla con mayor detalle la dimensión procedimental y de fondo de los procesos de creación de normas¹⁷. Así, la dimensión procedimental define al órgano que puede crear la norma y las reglas conforme a las que ésta debe ser creada; mientras que la dimensión sustantiva determina el contenido de la norma creada.

Si la constitución sólo determina al órgano creador, eso significa que le reconoce un ámbito de discreción para determinar el proceso de creación y el contenido de la norma. Entonces, la facultad de crear derecho siempre es la consecuencia de una norma jurídica que autorice a alguien la creación de nuevas normas. Por

¹⁴ Kelsen. La garantía..., p. 23.

¹⁵ Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Madrid: Trotta, 2011).

¹⁶ Kelsen. *Teoría pura del Derecho*..., p. 90.

¹⁷ Kelsen. *General theory*..., 133.

eso, quien decida legislar invocando la autoridad de su sensatez, su buena conciencia, o su sabiduría, no puede considerarse un órgano creador de derecho a menos que una norma le reconozca ese carácter¹⁸.

En todo caso, será una persona muy razonable o bienintencionada. Pero no una autoridad creadora de derecho.

Por cuanto al fondo, la relación de obligatoriedad de las normas que regulan la creación de normas con el acto de creación normativa tiene distintos grados. Si es demasiado débil, deja demasiado en manos del legislador y, posteriormente, en la del tribunal constitucional; pero si es demasiado fuerte, ata las manos del legislador y asfixia su función como autoridad creadora y creativa de derecho¹⁹.

Este rasgo de las normas constitucionales sustantivas incomodaba a Kelsen. Esto obedece a que es difícil controlar el grado de vinculación que ejercerán sobre la producción legislativa y, en cualquier caso, ese grado lo determinará el tribunal constitucional. Por último, es en la *Teoría General de las Normas*, donde la teoría del ordenamiento escalonado alcanza sus últimos niveles de desarrollo²⁰. En esta obra esquematizó las relaciones de las normas sustanciales superiores con las normas inferiores.

Así, la norma inferior es válida cuando su contenido concuerda con el de la norma superior²¹; o cuando el concepto de la inferior puede subsumirse en el concepto contenido en la norma superior²². Esto deja abierta una esfera de discrecionalidad legislativa, en el sentido de que las normas superiores que establecen contenidos normativos obligatorios no determinan en su totalidad el contenido de las normas inferiores.

De esto se desprende que, para que una norma inferior sea válida, basta con que exista una relación de concordancia –o al menos que no exista abierta incompatibilidad– entre la norma superior que establece contenidos normativos obligatorios y el contenido de la norma inferior; o, en su caso, que el contenido de la norma inferior quepa en el molde de la norma superior.

Por tanto, para Kelsen, los derechos humanos condicionan la validez de la actividad legislativa; pero no cancelan –por asfixia– su calidad como autoridad creadora y creativa de derecho.

¹⁸ Kelsen. General theory..., 133.

¹⁹ Kelsen. General theory..., 134.

²⁰ Hans Kelsen. Teoría general de las normas (Madrid: Marcial Pons, 2018), 270.

²¹ Kelsen. Teoría general..., 274.

²² Kelsen. Teoría general..., 275.

3. LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTÁ CONDICIONADA POR LA FUERZA NORMATIVA QUE LES ASIGNEN LOS JUECES

Regresar, casi 100 años después, a la advertencia de Kelsen tiene una explicación: que no tuvo éxito. Hoy las constituciones están llenas de *fraseología constitucional*. Están llenas de normas que reconocen derechos humanos, y ahora además constitucionaliza el derecho internacional de los derechos humanos; es decir de disposiciones con contenidos normativos de linaje moral²³.

Este es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁴, y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁵, que incorporan –por mandato constitucional– las normas de derechos humanos de fuente internacional a la constitución material. En este sentido, los artículos 1 y 19 de estas constituciones –respectivamente– establecen una regla de reconocimiento de las fuentes de los derechos humanos que, al tener forma constitucional, ubica a los derechos humanos en la cúspide de la pirámide normativa con independencia de si su fuente es constitucional o internacional.

Desde esa posición de supremacía normativa, los derechos humanos interactúan con el resto del ordenamiento jurídico. Por tanto, determinan –en mayor o menor medida– el contenido normativo del resto del ordenamiento jurídico; pero el grado de influencia que ejerzan sobre las normas infra-constitucionales no depende de su precisión o imprecisión semántica²⁶; sino de la concepción judicial de los derechos.

²³ Luigi Ferrajoli. “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en Una discusión sobre el constitucionalismo (Madrid: Marcial Pons, 2012); Vigo. De la ley al derecho..., 88.

²⁴ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

²⁵ Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

²⁶ Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta-UNAM, 2009), 32.

Así, pueden funcionar como límites y vínculos a la actividad legislativa que –de no ser respetados– provocan lagunas y antinomias²⁷; o como un programa normativo completo, que el legislador debe ejecutar correctamente bajo la vigilancia del tribunal constitucional²⁸. La primera es una función vinculante, y la segunda es una función asfixiante. Veámoslas.

1. Cuando los derechos humanos desempeñan una función legitimadora del Estado, tienen una función vinculante

Cuando los derechos humanos gozan de reconocimiento constitucional, imponen obligaciones al poder legislativo. Estas obligaciones son correlativas a la estructura normativa de los derechos humanos, en tanto que constituyen expectativas de protección y no lesión²⁹.

Así, el legislador no puede expedir leyes que sean contrarias a los derechos humanos y no puede dejar de expedir las leyes que sean necesarias para la efectividad de esos derechos. En el primer caso, cuando existe una ley indebida, se genera antinomia³⁰; en el segundo, cuando falta una ley necesaria, existe una laguna³¹.

Las antinomias tienen distintas formas, pero detallar sus modalidades excede el propósito de este trabajo. Aquí basta con señalar que existe una antinomia cuando una ley es incompatible por razones de contenido con una norma que reconoce derecho humano de rango constitucional, sin importar si ese derecho es de fuente constitucional o convencional.

En ese caso, la norma tiene vicios de fondo que pueden conducir a una declaración de invalidez material. Así, los derechos humanos establecen un límite insuperable para la actividad legislativa; y cuando el legislador no respeta ese límite, la jurisdicción de constitucionalidad está en condiciones de declarar la invalidez de esa ley.

Por otra parte, en materia de derechos humanos, las lagunas implican la ausencia de una ley que debe existir; es decir, de una norma constitucionalmente necesaria para la efectividad de un derecho³².

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris* 1. Teoría del derecho (Madrid: Trotta, 2011), 535.

²⁸ Juan Antonio García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022), doi: <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21658>; Ernst-Wolfgang Böckenforde. *Constitutional and Political Theory. Selected Writings* (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 258.

²⁹ Luigi Ferrajoli. “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 19.

³⁰ Ferrajoli, *Principia iuris*..., 535.

³¹ Ferrajoli, *Principia iuris*..., 535.

Esta ausencia normativa no puede ser subsanada por un tribunal porque su función no es dirigir la orquesta al legislador. Ni siquiera en nombre de los derechos humanos; eso sería una reforma legal, impulsada jurisprudencialmente, conforme a lo que el tribunal considera que sería una mejor regulación.

Esta visión no desconoce la dimensión creativa de la legislación. Por tanto, corresponde al poder legislativo colmar la laguna existente dentro del margen de lo que es constitucionalmente aceptable. Porque los derechos humanos no establecen un proyecto normativo acabado, sino el contenido mínimo sustancial que el legislador –y el resto del Estado– debe respetar al desarrollar sus funciones, de modo que sólo delimitan la esfera de lo que debe decidirse y de lo que no debe decidirse³³.

2. Cuando los derechos humanos deben ser ejecutados por el legislador, bajo inspección judicial, tienen una función asfixiante

Cuando los derechos humanos tienen una función vinculante actúan como el piso mínimo sobre el que el legislador construye el edificio del Estado de derecho, dentro de los márgenes de libre configuración normativa que la constitución le reconoce. Pero también es posible entenderlos como un proyecto normativo acabado. Como si fueran un techo.

Aquí los derechos humanos imponen obligaciones legislativas específicas; de modo que corresponde al tribunal constitucional velar que las leyes constitucionalmente deficientes no frustren el contenido sustantivo que protegen los derechos humanos³⁴. Esta visión reduce considerablemente el margen de configuración legislativa, y puede llegar a volver ilusoria la dimensión creativa de la legislación.

Aquí el legislador ya no sólo está obligado a legislar desde una perspectiva de derechos humanos; esto es, abstenerse de expedir leyes contrarias a los derechos y expedir las leyes necesarias para hacerlos efectivos. Ahora, el grado de sujeción del legislador a los derechos humanos es tal que simplemente debe ejecutar el contenido jurídico que –en virtud del status normativo de éstos– está obligado a expedir.

³² Ferrajoli, obra citada, p. 644 y ss.

³³ Ferrajoli, obra citada, p.773 y ss.

³⁴ García Amado, obra citada; Böckenforde. obra citada, p. 258.

Cuando esto pasa, los derechos funcionan como un huevo jurídico³⁵ del que surgen causales excluyentes de responsabilidad penal, las formas en que debe regularse el matrimonio civil, y hasta las leyes de organización del parlamento.

Desde esta concepción, todo el ordenamiento jurídico ya está contenido en los derechos humanos. Y al legislador simplemente le corresponde definir lo que ya está decidido por lo que disponga la constitución y los tratados que reconozcan derechos humanos³⁶. Pero esto produce fatales dos consecuencias.

La primera es que el legislador pierde su status como autoridad creadora –y creativa– del derecho, para transformarse en un mero ejecutor de la constitución. La segunda es que el poder judicial –y especialmente las altas cortes, y los tribunales constitucionales– dejan de ser meros aplicadores del derecho (¿alguna vez lo han sido?) para convertirse en vigilantes de la adecuada ejecución legislativa de los derechos humanos³⁷.

Esto ocurre a través de un control judicial que ya no se limita a analizar la compatibilidad entre ley y derechos humanos, sino que verifica que el legislador entendió correctamente lo que éstos significan³⁸. Bajo esta concepción, los derechos humanos ya no vinculan, sino que asfixian.

4. LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LA INTERPRETACIÓN

Los derechos humanos son normas de máximo rango, máxima fuerza jurídica, máxima importancia, y de máxima indeterminación³⁹. Esto exige una labor de concreción normativa a través del razonamiento moral que –por la apertura de las disposiciones que reconocen derechos humanos–⁴⁰ facilita que los tribunales

³⁵ Ernst Forsthoff. *El Estado de la Sociedad Industrial* (Madrid: Civitas, 1975), 241 y ss.

³⁶ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 513 y 514.

³⁷ García Amado, obra citada; Böckenforde. obra citada, p. 258.

³⁸ García Amado, obra citada.

³⁹ Robert Alexy, obra citada, p. ales”, 32.

⁴⁰ Fernando Atria. *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 67 y ss; Luis Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 29-35.

saquen agua de las piedras y hagan que los derechos humanos digan cosas muy lejanas al texto que los reconoce⁴¹. O peor, que digan cosas que su texto no reconoce.

En este contexto es posible identificar –al menos– dos problemas en la aplicación judicial de los derechos humanos: 1) La falta de significado concreto de las disposiciones de derechos humanos provoca que sea el juez o jueza constitucional quien determine –unilateralmente y desde sus convicciones– el contenido normativo específico⁴²; 2) la ampliación ad infinitum de la discrecionalidad judicial que facilita la ventriloquía judicial de los derechos humanos⁴³.

En este sentido, si la interacción de los derechos humanos con el resto del ordenamiento está condicionada por su fuerza normativa y por la concepción que de ésta tengan los tribunales; la interacción de los derechos con la interpretación está asociada directamente a la apertura e imprecisión de las disposiciones que los reconocen. Esto es, a la advertencia de Kelsen sobre la fraseología constitucional.

1. La indeterminación de las normas de derechos humanos hace que los tribunales determinen su contenido normativo específico

La falta de contenido normativo específico de las normas de derechos humanos es una consecuencia de su *indeterminación*. Esta característica hace que expresen conceptos que no sirven para resolver conflictos jurídicos, por lo que el tribunal constitucional debe completar el concepto normativo *con su propia concepción* a partir de lo que considere que proporciona la mejor respuesta desde la perspectiva judicial⁴⁴.

Esa concepción –cualquiera que sea– no está en la constitución⁴⁵. Por tanto, el tribunal tiene mucha discreción para dotar de contenido normativo específico el concepto constitucional que consagra el

⁴¹ Manuel Atienza. Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho (Buenos Aires: Astrea, 2021), 45; Juan Antonio García Amado. “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 238; Da Silva Moreira, obra citada, p. 84.

⁴² Atria, obra citada, p. 276.

⁴³ García Amado. “Derechos y Pretextos”, 244.

⁴⁴ Edward Whelan. “The Presumption of Constitutionality”, Harvard Journal of Law and Public Policy, 4 (2019); Prieto Sanchís. El constitucionalismo de los derechos..., 29.

⁴⁵ Atria. La forma del Derecho..., 276.

derecho humano en cuestión, y esto implica que tome partido en la escala moral –por el liberalismo o por el conservadurismo–⁴⁶.

Así, los jueces y juezas construyen concepciones normativas a partir de sus convicciones personales; y desde éstas aplican los conceptos constitucionales consagrados por los derechos humanos.

Pero esa no es la función de los tribunales. La función de un tribunal es aplicar las normas vigentes – aunque éstas sean imperfectas desde la perspectiva de los miembros del tribunal– a la luz del texto y la estructura que las reconoce, y del propósito que puede desprenderse razonablemente de éstos. Mirar convicciones morales y las consecuencias políticas que servirían mejor a la sociedad corresponde al poder legislativo⁴⁷. Esto explica las reservas de Kelsen con las normas constitucionales sustantivas. Porque pueden convertirse en una fórmula para la incertidumbre jurídica, y para la juristocracia. Y es que la misma disposición puede significar no solo cosas distintas sino hasta contradictorias. Todo depende de la posición política desde la que se interpreten los derechos⁴⁸.

Por eso el mismo texto normativo puede producir líneas jurisprudenciales contradictorias. Porque, al tener que tomar partido en el terreno moral, el tribunal se convierte en un agente activo de cierta corriente política.

De este modo, así como en un momento determinado –y con una cierta integración– un tribunal juega en la esquina de los derechos humanos, nada impide que con el paso del tiempo empiece a jugar en la esquina contraria⁴⁹. Primero fue *Roe vs. Wade*, y luego *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*.

2. La indeterminación de las normas de derechos humanos hace que los tribunales practiquen ventriloquía judicial

A las dificultades técnicas para determinar el contenido normativo de los derechos humanos se suman dificultades interpretativas. En efecto, ¿cuál es el objeto de la interpretación? ¿Será el texto de la norma o la intención del legislador? Y si busca intenciones, ¿buscará la del legislador originario o hará una interpretación evolutiva?

⁴⁶ Atria. *La forma del Derecho...*, 277.

⁴⁷ Neil Gorsuch. *A Republic. If You Can Keep It* (Nueva York: Crown Forum, 2019), 48 y ss.

⁴⁸ Atria. *La forma del Derecho...*, 284.

⁴⁹ Rosler. *La ley es la ley...*, 152.

El significado de la norma de derechos humanos puede ser amplio o restringido; todo depende del objeto de la interpretación y del método interpretativo⁵⁰. Esta libertad interpretativa facilita que los tribunales conviertan a los derechos humanos en un objeto de fetiche y los usen para resolver todo tipo de conflictos jurídicos, cuando su función no es esa⁵¹. A esta tendencia subyace una suerte de fundamentalismo de los derechos humanos.

Éste consiste en concebir a los derechos humanos como un compilado de respuestas correctas a cada pregunta jurídica habida y por haber; y como el alfa y omega de todos los problemas de un Estado de Derecho⁵². Por su indeterminación, esas respuestas las dan los jueces –particularmente los del tribunal constitucional– quienes actúan como custodios del contenido normativo de los derechos humanos, y desde esa posición imponen sus misteriosos conocimientos –como sacerdotes constitucionales– como fuente de derecho⁵³.

Como consecuencia, el catecismo constitucional se convierte en verdad. Y entonces los jueces y juezas son capaces de encontrar respuestas en los derechos humanos aunque las normas que los reconocen no digan nada al respecto.

Por ejemplo, un Juzgado de Distrito en Puebla, México resolvió que las normas que reconocen el matrimonio y el concubinato son discriminatorias y estigmatizantes porque limitan esas relaciones a dos personas. Esto excluye a las relaciones compuestas por más de dos personas de forma simultánea, comúnmente conocidas como poliamor⁵⁴.

⁵⁰ V. Steven D. Smith. “What does Constitutional Interpretation Interpret” en *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, ed. por Grant Huscroft, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008); Aharon Barak. *Purposive Interpretation in Law* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2007).

⁵¹ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights. A radically moderate approach* (Nueva York, Cambridge University Press, 2019), 11 y ss.

⁵² Jonathan Rauch. *Kindly Inquisitors* (Chicago: University of Chicago Press, 2013), 100.

⁵³ Alfonso García Figueroa. “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 17 (2019) 358-376.

⁵⁴ Juicio de amparo 1227/2020, sentencia del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, México.

Disponble en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3457/3457000027456273008.pdf_1&sec=Joaqu%C3%ADn_Ram%C3%ADrez_Guzm%C3%A1n&svp=1.

Para concluir esto, el juzgado acudió a las normas constitucionales que prohíben la discriminación y que reconocen el derecho a fundar una familia; pero esas normas no definen el número de personas que caben en un matrimonio o en una relación de concubinato. Fue el juzgado quien decidió si el matrimonio y el concubinato podían ser más de dos.

Este es un ejercicio de ventriloquía judicial⁵⁵. Porque el juzgado hizo que la norma dijera lo que textualmente no dice, y a partir de ahí elaboró consecuencias jurídicas específicas –la inaplicación al caso concreto, en este asunto–. Todo en nombre de los derechos humanos.

5. LA INTERACCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Además de las normas de derechos humanos de fuente constitucional, ahora las constituciones incorporan la de fuente internacional. Esto crea un conjunto normativo ampliado de normas de derechos humanos, que se integra por las normas de derechos humanos de fuente constitucional e internacional. A este bloque se le conoce, generalmente, como bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional.

Como las constituciones ocupan la cúspide de la jerarquía normativa, la validez de todos los actos normativos infraconstitucionales está condicionada a que sean compatibles con el bloque de constitucionalidad.

Así, convencionalidad y constitucionalidad no son dos parámetros separados. La apertura al derecho internacional de las constituciones sólo amplía el parámetro de regularidad constitucional.

Pero la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos genera una interacción normativa que Kelsen no previó; es decir, la potencial contradicción entre normas de fuente constitucional y normas de fuente internacional *que también son constitución*. Estas *antinomias intraconstitucionales* tienen que resolverse de algún modo.

⁵⁵ Esta expresión es propia de Moisés Montiel. Véase en <https://twitter.com/MoisesMontielM/status/1560712417222561793>.

Las soluciones que la doctrina ha propuesto para resolverlas exacerban el poder de los tribunales. Éstas implican problemas de indeterminación normativa, cambio constitucional, de autodeterminación democrática, y de contrabando de normatividad.

Esto se acerca muchísimo a la idea de tribunales insoportablemente poderosos a los que Kelsen tenía tantas reservas; y, nuevamente, esto es facilitado por la fraseología que permea las normas de derechos humanos.

1. Mucha convencionalidad, pero poco compromiso con los derechos humanos

La idea de la constitución convencionalizada, como constitución depurada de normas *radicalmente opuestas* a la CADH y a la jurisprudencia interamericana, suena muy bien⁵⁶. En teoría, ya no habría antinomias intraconstitucionales que le hagan sombra a los derechos de fuente internacional. Pero esto no deja claro *cuáles serían* las normas constitucionales que serán objeto de depuración, más allá de los blancos habituales de la jurisprudencia interamericana.

¿Qué tan inconventional tiene que ser una norma constitucional para considerarla radicalmente inconventional? ¿La inconventionalidad ordinaria es tolerable, pero la radical no? ¿Hay, entonces, inconventionalidades aceptables y otras inaceptables?

Esto sugiere que el compromiso con los derechos humanos no es tan fuerte como aparenta la constitución convencionalizada, y se tolera –bastante más de lo que se admite– la existencia de normas constitucionales inconventionales. Si solo hay que depurar las normas radicalmente inconventionales, entonces la mera inconventionalidad es aceptable. Sólo se censura lo insoportablemente inconventional, pero la mera inconventionalidad vive cómodamente en la constitución convencionalizada.

De este modo, condicionar la depuración de inconventionalidades a un umbral de incompatibilidad tolera el menoscabo a la efectividad de los derechos humanos. Pero *sólo un poquito, o en una medida aceptable*.

2. El sacrificio de la democracia en el altar de la judicatura, y el fraude a la reforma constitucional

⁵⁶ Néstor Pedro Sagüés. La constitución bajo tensión (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 398.

En una constitución convencionalizada, las normas radicalmente inconventionales se adecúan al derecho internacional de los derechos humanos mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas del contenido constitucional. La vara de medir es la jurisprudencia y los tratados internacionales del sistema interamericano⁵⁷.

Esto significa que es el poder judicial quien depura la constitución de normas inconventionales, quien define los umbrales de compatibilidad e incompatibilidad convencional, y quien pone o quita contenido normativo a la constitución.

Entonces, el procedimiento de reforma constitucional se queda de adorno; al menos para los asuntos relativos a los derechos humanos. Y cómo éstos son expansivos –Jamal Greene los llama virales–⁵⁸, cualquier asunto puede transformarse en un asunto de derechos humanos. Por tanto, la constitución queda –básicamente– en manos de los tribunales.

Así, el poder judicial quita y pone normas constitucionales; todo desde su catecismo derecho humanístico⁵⁹. Eso es tanto como orquestar un franco atentado a la democracia y un fraude al proceso de reforma constitucional.

3. Riesgo de imperialismo derecho humanístico, y déficit técnico de las normas constitucionales

Las normas de una constitución convencionalizada fluctúan en función de los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado, y de la jurisprudencia interamericana. Esto deja a la constitución en deuda permanente con el último grito de la moda interamericana.

Pero el contenido constitucional no puede estar predeterminado por la jurisprudencia derecho-humanística, porque en los derechos humanos no vamos a encontrar la solución a todos los problemas. Y, en este sentido, hay dos riesgos.

El primero es que la jurisprudencia interamericana asfixie la deliberación democrática para crear normas constitucionales. Ya sea porque los congresos nacionales se conviertan en un mero traductor de jurisprudencia interamericana en normas constitucionales, o porque se piense que lo que venga del

⁵⁷ Sagüés. La constitución bajo tensión..., 398.

⁵⁸ Jamal Greene. *How Rights Went Wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart* (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021).

⁵⁹ García Figueroa. “Feminismo de Estado”.

sistema interamericano es más valioso, o mejor, que lo que pueda salir del debate democrático nacional. En efecto, la pretensión de universalidad de los derechos humanos de fuente internacional no puede convertirse en uniformidad constitucional⁶⁰.

De otra forma, la universalidad de los derechos humanos se transforma en imperialismo judicial desde los derechos humanos. Pues si el contenido constitucional está predeterminado por la jurisprudencia interamericana, la autodeterminación democrática sufre un déficit porque la constitución se vuelve un loro jurídico que sólo repite criterios interamericanos.

El segundo riesgo es tratar de encontrar soluciones a toda clase de problemas en las normas internacionales de derechos humanos, cuando su función no es esta⁶¹. Esto adquiere otro nivel de gravedad al confiar esta labor a los tribunales. Y es que, desde la doctrina del control de convencionalidad, se aspira a predeterminar el contenido del derecho nacional a pesar de que los tribunales no están diseñados para crear normas generales⁶². La jurisprudencia puede usarse como punto de partida para la construcción de normas generales. Pero nunca como impronta para diseñar *normas constitucionales*.

4. La constitución convencionalizada y el contrabando de normatividad constitucional

En una constitución convencionalizada, los derechos humanos son el puente que comunica el derecho y la moral. Y como los tribunales son quienes protegen los derechos, son éstos quienes deciden *qué* moral y *qué tanta información ingresa* a la constitución a través de los derechos humanos.

Vigo sostiene que hay más derecho que el que reconocen las fuentes formales del derecho. La puerta a ese derecho etéreo son los derechos humanos y la jurisprudencia internacional; y el contenido de ese derecho etéreo es la moral racional institucionalizada en los derechos humanos, cuyo contenido se precisa caso a caso vía control de constitucionalidad y convencionalidad⁶³.

⁶⁰ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights...*, 97 y ss.

⁶¹ Hurst Hannum, *Rescuing Human Rights...*, 11 y ss.

⁶² Paul Yowell. *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart Publishing, 2020), 90 y ss.

⁶³ Aguiló Regla y Vigo. *Fuentes del derecho...* 70.

Esto coloca a los tribunales en una empresa permanente de perfeccionamiento constitucional⁶⁴. Y presupone que la constitución es una obra subóptima que requiere ser perfeccionada mediante interpretaciones aditivas, sustractivas o mixtas acordes al derecho interamericano⁶⁵.

Esa labor de perfeccionamiento desdibuja la frontera entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser*⁶⁶. Y aunque más de una disposición constitucional *sería mejor* si se adecuara más al derecho internacional de los derechos humanos, eso no significa que sea un tribunal quien deba hacer esa adecuación. Más si existe un procedimiento constitucionalmente previsto para ello.

Esto provoca que la constitución queda sujeta a un permanente análisis de compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Pero ya no solo por razones jurídicas, sino por las razones morales o políticas de quienes integran los tribunales⁶⁷.

Al final, las convicciones de los jueces se vuelven sentencia. Y como la jurisprudencia *perfecciona la constitución*, la sustituye como fuente de derecho. Este es un auténtico contrabando de normatividad constitucional.

6. CONCLUSIONES

Estas consideraciones nos sugieren moderar nuestro entusiasmo con el poder judicial, porque los derechos humanos ponen demasiado poder en sus manos. Esto crea la posibilidad de que los tribunales se convierten en amos y señores del derecho, en detrimento del constitucionalismo y de la democracia.

Por tanto, una visión correlativamente moderada de los derechos humanos parece ser la mejor opción para los actuales estados constitucionales –y convencionales– de derecho. En esta visión, los derechos humanos desarrollan una función normativa fuerte por colocarse en la cúspide de la jerarquía de fuentes, pero no predeterminan absolutamente el contenido del derecho. Por el contrario, dejan un espacio libre para la deliberación política en tanto que funcionan como límites y vínculos a la legislación que –de no ser respetados– condicionan la validez de la ley.

⁶⁴ Rüthers. La revolución secreta..., 85 y ss.

⁶⁵ Sagüés. La constitución bajo tensión..., 398.

⁶⁶ Rosler. La ley es la ley..., 145 y ss.

⁶⁷ Rosler. La ley es la ley..., 138 y ss.

En todo caso, corresponde al poder judicial hacer valer los límites y vínculos contenidos en los derechos humanos cuando el legislador no los respeta. Pero este control judicial se limita a analizar la compatibilidad entre la ley y el derecho humano, para verificar que el contenido de la norma inferior *quepa en el molde* de la norma superior. No se trata de cuidar la adecuada ejecución legislativa de la constitución.

De este modo, incluso en un contexto constitucional lleno de fraseología, es posible evitar que los tribunales se vuelven insoportablemente poderosos y que los derechos humanos asfixien la deliberación democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Alberto Da Silva Moreira. Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley y en el Estado Constitucional (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019), 29.

Alfonso García Figueroa. “Feminismo de Estado: fundamentalmente religioso y religiosamente fundamentalista”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad 17 (2019) 358-376.

Andrés Rosler. La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho (Buenos Aires: Katz, 2019), 138 y ss.

Bernd Rüthers. La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método (Madrid: Marcial Pons, 2020), 85 y ss.

Edward Whelan. “The Presumption of Constitutionality”, Harvard Journal of Law and Public Policy, 4 (2019); Prieto Sanchís. El constitucionalismo de los derechos..., 29.

Ernst-Wolfgang Böckenforde. *Constitutional and Polititcal Theory. Selected Writings* (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 258.

Ernst Forsthoff. El Estado de la Sociedad Industrial (Madrid: Civitas, 1975), 241 y ss.

Fernando Atria. *La forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 67 y ss.; Luis Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 29-35.

García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”...; Böckenforde. *Constitutional and Polititcal Theory...*, 258.

Hans Kelsen. General Theory of Law and State (Cambridge: Harvard University Press, 1945), xiii.

Hans Kelsen. La garantía jurisdiccional de la constitución (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 81.

Hans Kelsen. Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Madrid: Trotta, 2011)

Hans Kelsen. Teoría general de las normas (Madrid: Marcial Pons, 2018), 270.

Hurst Hannum, Rescuing Human Rights. A radically moderate approach (Nueva York, Cambridge University Press, 2019), 11 y ss.

Jamal Greene. How Rights Went Wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart (Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2021).

Jonathan Rauch. Kindly Inquisitors (Chicago: University of Chicago Press, 2013), 100.

Josep Aguiló Regla y Rodolfo Vigo. Fuentes del derecho. Dos visiones (Buenos Aires: Astrea, 2018), 13.

Juan Antonio García Amado. “Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022), DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21658>. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Juicio de amparo 1227/2020, sentencia del veintiuno de mayo de dos mil veintiuno del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, México. Disponible en http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3457/3457000027456273008.pdf_1&sec=Joaqu%C3%A Dn_Ram%C3%ADrez_Guzm%C3%A1n&svp=1. (Fecha de consulta: 17/10/2023).

Luigi Ferrajoli. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en Una discusión sobre el constitucionalismo (Madrid: Marcial Pons, 2012); Vigo. De la ley al derecho..., 88.

Luigi Ferrajoli. “Derechos fundamentales”, en Los fundamentos de los derechos fundamentales, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 19.

Luigi Ferrajoli, Principia iuris 1. Teoría del derecho (Madrid: Trotta, 2011), 535.

Manuel Atienza. Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho (Buenos Aires: Astrea, 2021), 45;

Juan Antonio García Amado. “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”, en

Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 238; Da Silva Moreira. Deferencia al legislador..., 84.

Neil Gorsuch. *A Republic. If You Can Keep It* (Nueva York: Crown Forum, 2019), 48 y ss.

Néstor Pedro Sagüés. La constitución bajo tensión (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 398.

Néstor Pedro Sagüés. La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada (México: Porrúa, 2016), 316.

Robert Alexy. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta-UNAM, 2009), 32.

Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 513 y 514.

Rodolfo Luis Vigo. De la ley al derecho (México: Porrúa, 2012), 92.

Paul Yowell. Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review (Oxford: Hart Publishing, 2020), 90 y ss.

V. Steven D. Smith. “What does Constitutional Interpretation Interpret” en *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, ed. por Grant Huscroft, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008); Aharon Barak. *Purposive Interpretation in Law* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2007)

