

La importancia de la Teoría Realista ante el nuevo paradigma judicial en Norteamérica

The importance of Realist Theory in the face of the new judicial paradigm in North America

JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ MORALES*

XIMENA GUARNEROS MENDOZA**

Resumen

El presente trabajo analiza el proceso de reformas que ocurren en los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América ante su recomposición político social y en consecuencia jurídica y como esto ha afectado o se encuentra inminente de afectar a los poderes judiciales de estos países, así como una propuesta epistemológica ante este cambio estructural.

Palabras clave

Poder popular, Poder Judicial, neopositivismo, originalismo, realismo jurídico.

* Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor visitante de Derecho Comparado en el Centro de Estudios Garrigues en Madrid. Conferencista y articulista en diversas universidades de México y el extranjero. Código ORCID: 0009-0008-3308-4649. Correo electrónico: mmorales@moralesvega.com

** Estudiante de la doble Licenciatura en Derecho y Economía en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México. Correo electrónico: ximena.guarneros@moralesrossbach.com

Abstract

This paper analyzes the reform process taking place in the United Mexican States and the United States of America in response to their political, social, and consequently legal restructuring, and how this has affected or is imminent to affect the judicial branches of these countries. It also presents an epistemological proposal in response to this structural change.

Keywords

Popular power, Judicial Power, neopositivism, originalism, legal realism.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PODER Y EL PODER JUDICIAL. III. EL PROBLEMA METODOLÓGICO DE LAS NUEVAS ESCUELAS JUDICIALES NORTEAMERICANAS. IV. EL RETO INSTITUCIONAL DE LOS PODERES JUDICIALES EN AMÉRICA DEL NORTE. V. LA TEORÍA REALISTA COMO SOLUCIÓN A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. VI. EL PODER Y LA NECESIDAD DE JURISPRUDENCIA DE COMBATE.

I. INTRODUCCIÓN

Con mucha frecuencia en las aulas latinoamericanas se debate la importancia de la ponderación constitucional como panacea para la resolución de los así llamados *casos difíciles*. A través de una fórmula tatuada en el subconsciente de matemática discreta los jueces de la constitucionalidad han de resolver con la arcana medicina sobre la vida de las personas y los destinos de los Estados. Con frecuencia, a pesar de que la fórmula sea la misma, el juez constitucional de izquierda arriba a un resultado distinto que el de derechas. Por supuesto, el juez conservador tiene diferente resultado en el cálculo a la hora de fiscalizar iglesias o asociaciones religiosas que la jueza atea, pero ambos pueden vehementemente «morir en la cruz» de la ponderación durante la elaboración de sus sentencias. El problema es que de nada le ha valido al justiciable ni al juez saberse senda fórmula cuando de un pincelazo a capricho la voluntad del pueblo les ha recordado su lugar en la vida pública en países como Estados Unidos de América y México.

El derecho es un producto relacional de origen humano¹. Como tal, los seres humanos desarrollan sistemas regulatorios conductuales de diversas naturalezas, normalmente adjudicando sus normas de mayor relevancia o importancia social a un aparato especializado que garantiza la convivencia social bajo un conjunto de

¹ La definición pertenece al ponente.

normas (Álvarez Ledesma, 2010). En ese sentido, la modernidad ha determinado con claridad que el Estado es un protagonista en la tutela del bienestar de los habitantes de un territorio determinado (Paoli Bolio, 2005).

Dicho lo anterior, el Estado se ejerce de acuerdo con las doctrinas clásicas, pero más aún conforme a las teorías modernas bajo un conjunto de funciones, entre las cuales se destacan la función ejecutiva, la función legislativa y la función jurisdiccional (Zander, 2007).

Aunque la teoría del Estado ha definido la existencia de estas funciones de forma doctrinalmente separada, en la práctica lo común es que un Estado moderno de derecho conjugue estas funciones en distintas fórmulas, lo cual ha desdibujado que los así llamados «poderes» se mantengan estáticos, aunque en los idearios latinoamericanos se considerasen separados por la profunda influencia del republicanismo estadounidense en la conformación de las independencias de la región. Esto no es una aseveración novedosa, pues países «de primer mundo», como Inglaterra, han concentrado el poder del Estado en el Parlamento y la Corona (Zander, 2007). Apenas recientemente, en su breve estancia por la Unión Europea, aceptó constituir una Suprema Corte de Justicia ante la presión comunitaria en 2009, que con toda certeza es posible que se revierta a su forma originaria a partir del famoso BREXIT².

151

Dicho lo anterior, prácticamente cualquier Estado puede separar sus funciones o hacerlas concomitantes dentro de una persona, por peligroso como pueda sonar esta idea. Existe casos de Estados, como los Estados Unidos, que han arrojado por la borda a sus sistemas judiciales por considerarlos corruptos ante la manipulación política de los partidos que designan los jueces; o bien, en contraposición, el caso mexicano, donde el partido gobernante ha desacreditado la labor judicial por considerarla ajena al interés popular, y el Poder Judicial ha tenido que ceder ante la falta de dicho apoyo. En ese sentido, la existencia de figuras como *el filibuster*, *el impeachment*, el juicio político, de la facultad de expedir decretos del ejecutivo (*O executive orders*) o la organización administrativa de cualquiera de sus tres poderes implica que las tres funciones son ejercidas por los tres poderes federales principales que articulan el gobierno de mayor grado jerárquico en los dos países de América del Norte y que como regla general las entidades federativas replican en su propia escala en ambos países³.

² La opinión es propia.

³ Lógicamente excluimos al Commonwealth de Canadá, porque sus provincias se ajustan a un gobierno constitucional que ultimadamente integra aspectos monárquicos.

Realizando un enfoque en la composición de los llamados poderes, cualquier estudio descriptivo de lo jurídico sin analizar las causas políticas sociales e históricas resulta insuficiente para una construcción filosófica o práctica del derecho⁴, lo cual, como atiende la premisa de este artículo, debería ser una preocupación en las aulas del derecho si no queremos que nos arrebaten al Estado de derecho mismo de las manos las personas que pugnan por su desaparición ante la pasividad de aquellos que quieren del derecho un quehacer monástico desde la comodidad del estrado y no de la proactividad del ágora que necesita la abogacía en tiempos de la popularización del Estado en los medios de difusión masiva.

Bajo esa tesitura, es importante aclarar que nunca se ha afirmado por ningún tipo de positivismo que la dimensión científica del derecho no es otra que el análisis descriptivo —no así formalista— de la norma (Tamayo y Salmorán, 2013). Las falsas atribuciones a la teoría kelseniana como método, han castrado el estudio jurídico en las aulas en la mayoría de las ocasiones, dejando como resultado un formalismo excesivo que poco alimentaba la formación crítica del abogado y su sustitución por un operador mecánico del cual los revolucionarios franceses soñaban.

El modelo en comento implicó, por ejemplo, que el Poder Judicial Federal interpretara a la Constitución bajo un formato exegético con poco espacio para la creatividad, algo que ocurrió de forma ininterrumpida y —a criterio de los autores— muy cómoda para el Estado y para el tomador de decisiones en una complacencia activa (Burgoa, 2012).

No es sino hasta el año 2011 que la vida constitucional del estado mexicano se ve replanteada por un paradigma constitucional que, en su momento, abrió la puerta para el así llamado control convencional y el control difuso. En dicho momento, la conformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también se vio afectada por el llamado *Caso Radilla*, que, entre otras cosas, devino en el planteamiento del lugar y la jerarquía de los tratados internacionales, así como el de los órganos jurisdiccionales internacionales, situación que prevalece a 2022, sin la existencia de un proyecto claro sobre la aplicación de la convencionalidad en efectos jurisprudenciales⁵.

Ahora bien, en 2019, el Estado Mexicano fraguó una reforma judicial ambiciosa que substituyó el modelo mecánico y anquilosado que atrapa al Poder Judicial

⁴ *Idem.*

⁵ Caso prisión preventiva relacionados al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. Ciudad de México. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos. Amparo en Revisión 355/2021. Ciudad de México.

para conferir libertades interpretativas más vastas que aparejan un panorama complicado en cuanto a los alcances de la misma⁶.

II. EL PODER Y EL PODER JUDICIAL

No existe un producto relacional fáctico en las relaciones humanas más primigenio que el poder. El poder, como ejercicio de dominio es una expresión absoluta de control sobre la voluntad de un tercero y comporta también un producto psicológico en el sujeto que lo ejerce y sobre el ejercitado. De alguna manera, la relación de poder siempre ha concentrado a las cúpulas en un ejercicio cooperativo en los gobiernos que administran a los estados modernos, pero en definitiva los estados de derecho se preocuparon de articular sistemas de pesos y contrapesos en el paradigma constitucional moderno que se fraguó en prácticamente toda América del Norte, pensando en la posibilidad de que en algún momento alguna persona o grupo de personas concentraren todo el poder fáctico o político.

No obstante, ningún modelo republicano parece resistir los embates de la ola populista del siglo XXI. Aunque ninguna pareciere tener el mismo origen, la regla general de los líderes populistas que surgen en esta primera etapa se concentra en personas que, sin ser particularmente de políticas de derecha o de izquierda, se enfrasan en la figura del forastero político: aquel que viene a arreglar un sistema podrido que no ha escuchado a la gente y que, de alguna manera, sostiene bajo su discurso político una fórmula exclusiva para devolver la felicidad al pueblo, a costa del desmantelamiento institucional bajo el argumento del exceso burocrático. Esta fórmula no es única de Norteamérica: se ha vivido en Europa, Centro y Sudamérica como menos, y todos enarbolan discursos nacionalistas donde existe un enemigo externo que es la otredad y uno interno que es una clase política a la que de alguna forma nombran de forma genérica y traducen en el discurso popular como parte de la maldad. *e.g. la casta, los progres, las derechitas cobardes, la mafia del poder, los fifis, the swamp, etc.*

153

No es difícil que estos líderes, bajo una inflación galopante generalizada ante la pandemia y el escenario de posibles preguerras —un mundo que ha cambiado vertiginosamente y una cultura que generalmente ha abrazado la corrección política abrasiva y discurso de censura exagerado—, constituyan un respiro o una alternativa para una base perdida. Al menos, con un desagrado generalizado hacia los cánones de la moral actual, corren al refugio de líderes que no alcanzan a entender del todo pero que se vuelven manifestaciones de opiniones prohibidas o de acciones del subconsciente

⁶ Aunque la reforma se publicó en 2021, los trabajos de la misma fueron anunciados en 2019.

deseadas. No es casualidad que, por ejemplo, el presidente López Obrador sea un abanderado de la clase popular en un percibido azote de la «mafia del poder» mexicana, o que el presidente Trump enfrente a los demócratas con acciones migratorias masivas ante un Estados Unidos que se resiste a ser diverso en la forma en que las costas buscan imponer al interior de un país homogéneamente blanco o negro.

La conclusión final ha sido tanto fascinante como desastrosa: los gobiernos de ambos países han logrado iniciar un embate en contra de los preservadores más importantes del orden público, que es el poder judicial, uno en contra del federal, el otro en contra del local, buscando redefinir su composición en ambos casos.

Mientras tanto, el reto de este paradigma no puede ser confrontado en las cortes, porque el líder populista gana en las arenas, no en la hermenéutica jurídica. La disputa ya no se libra en el ejercicio de los juristas, sino en la legitimidad que el gobernante logra edificar alrededor de su narrativa, desplazando naturalmente la función del derecho a un rol secundario. Es decir, el verdadero poder no reside en las instituciones propiamente formales, sino en quien puede nombrar al enemigo y movilizar políticamente las emociones de las masas (Schmitt, 1963).

III. EL PROBLEMA METODOLÓGICO DE LAS NUEVAS ESCUELAS JUDICIALES NORTEAMERICANAS

Sin proceder de una misma raíz jurídica, ambos países se encuentran en una coyuntura histórico-política muy afin, como ya se ha expuesto, que repercute en lo jurídico. A pesar de cómo se pintan en los panoramas internacionales, los movimientos trumpistas y obradoristas devuelven la voz a la población de los interiores de ambas repúblicas. El avasallador apoyo a ambos movimientos está relacionado con la atención a poblaciones que históricamente se encontraron relegadas por esnobs políticos de corte tecnocrático, que, en ambos países, olvidaron a sus ciudadanos rurales, conservadores y con problemas más inmediatos, para concentrarse en las necesidades de los centros urbanos. Este relato fue el mismo en ambos países y la fórmula de respuesta vino en líderes carismáticos que hablan a su base electoral de forma directa, que a menudo minimizan a las otredades y que cumplen a cabalidad con las promesas a sus bases electorales, ya que estas se centran en acciones reivindicatorias de la clase popular, sin hacer apología alguna —ni lo necesitan— para mantener su estructura de poder. Ambos movimientos han entendido que no gobiernan para la comunidad internacional y han sabido mantener una base nacionalista cercana a sus ciudadanos y comprenden que el discurso de la ciudadanía global cansa en el oído de aquellas personas que no encuentran ventaja en su implementación.

A menudo, el discurso de la ciudadanía global entrevera la legislación internacional y los derechos humanos como pilar de la cooperación internacional y estos se vuelven a su vez piedras en el zapato para cumplir las agendas de ciertos países. No sorprende entonces el retiro de Trump de la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Derechos Humanos y no sabremos de qué otras organizaciones más y del franco alienamiento del movimiento obradorista con ambos presidentes hacia la OEA en favor de ejercicios de cooperación como el CELAC.

En lo jurídico veremos que los poderes judiciales encuentran una alienación absoluta de este proceso en ambos países por no gozar de una cultura de aproximación política sana a estos ejercicios. Tanto el exceso de politización de los jueces estadounidenses como la pasividad de los mexicanos les habría de pasar factura ante estos fenómenos.

En los Estados Unidos, el pensamiento socialista se propagó y se popularizó lanzando la escuela de los *critical legal studies* dentro de las principales escuelas de derecho y les dio un corte distintivamente izquierdista en abandono del anterior modelo realista. Esta corriente trató los casos de forma sistémica y creó, inadvertida o advertidamente, un doble rasero en Estados donde las políticas de acción afirmativa eran necesarias o populares por ejemplo. *Contrario sensu*, los estudiantes y profesores conservadores adoptaron el pensamiento originalista constitucional, que se asemeja al formalismo duro decimonónico de las escuelas exegéticas propuestas por los pensadores prekelsonianos en Europa continental, creando exponentes máximos en esta escuela como Antonin Scalia y Amy Cony Barrett.

155

Por otro lado, la enseñanza de la técnica jurisprudencial ha cobrado efervescencia en los poderes judiciales latinoamericanos, y especialmente en México, debido al llamado modelo neopositivista o de argumentación jurídica, lo que representa un reto tremendo (Atienza, 2012). A falta de una formación crítica, misma que ha reconocido el propio Manuel Atienza en su *Derecho como argumentación* —principal proponente del modelo de argumentación para América Latina—, se ha creado un nicho importante donde los operadores judiciales han conformado una «escuela alicantina» que emula los postulados de Robert Alexy. Sin embargo, rara vez se estudian modelos de argumentación mayormente consolidados en otras jurisdicciones, como el de Ronald Dworkin, Neil McCormick o Stephen Toulmin; o, por el contrario, se abandonen del todo estas teorías en favor de pensamientos más sencillos. Hoy en día, es prácticamente imposible localizar proyectos de sentencias de alzada que no intenten incluir fórmulas matemáticas.

La poco ambiciosa propuesta de esta ola de neopositivistas consiste en afirmar que las normas deben atender a principios de corte preponderantemente

humanista, así como en la adición de fórmulas de «ponderación» para cientificar la construcción de resoluciones judiciales en los llamados casos difíciles, es decir, aquellos en los que existe una supuesta colisión de valores y/o principios.

Ante una fórmula de matemática discreta, lo que quiere decir que está sujeta al teorema de incompletud de Gödel, mismo del que no voy a hablar por no ser este un foro para ello, forzosamente se asume que la discrecionalidad de valores condicionará el resultado. A esto, autores como José Ramón Narváez, le han llamado la cientificación del prejuicio y más adelante explicaremos qué problema conlleva este modelo.

El partir de la existencia de una asignación numérica donde se gradúa un valor o principio donde la libertad vale «x» y la propiedad «y» y aplicado al caso concreto $x > y$ ergo el fallo debe ser siempre X presupone la violación de una de las reglas fundamentales de cualquier sistema entrópico como es el derecho, y es que esos valores cambian sobre el tiempo.

La segunda consecuencia es que un juez de fórmula única no es en ningún caso mejor que una máquina que ejecute esa ponderación e irónicamente los recientes proyectos de la corte articulan estructuras formulaicas para «demostrar» en un «test» qué valor o principio tiene prevalencia. Pero ello implicaría que todos los fallos en un órgano colegiado fueran exactamente iguales y como menos afirmará el sueño del poder ejecutivo: que los jueces son prescindibles. Y dicha situación no ocurre así en la vida real, ni debiera de ocurrir en un Estado de derechos humanos donde un actor principal es el juez principialista con el poder de aplicar normas de mayor beneficio a través de principios transversales y en pleno reconocimiento que los derechos se amplían y se contraen según el momento y lugar histórico determinado.

Reconocer al juez humano, y conocer al juez humanista debe ser el reto para ambos estados que pretenda preservar una política pública de derechos humanos para sus receptores.

IV. EL RETO INSTITUCIONAL DE LOS PODERES JUDICIALES EN AMÉRICA DEL NORTE

El poder judicial mexicano ha estado sometido a una reconfiguración así como a un escrutinio de la opinión pública desde la llegada de los nuevos presidentes de América del Norte que le replantea su función.

Más allá de filias y fobias, sus iniciativas de austeridad, voto popular y la propuesta de reforma constitucional que revierten a un Poder Judicial Autónomo que encontró poca o nula defensa en la voluntad ciudadana tanto en el proceso jurídico

como el político. La razón es el foco más contencioso de la presente ponencia y es la siguiente: el Poder Judicial nunca ha estado preocupado por su popularidad o por la simpatía ciudadana. Históricamente, el Poder Judicial se ha construido con base en una autonomía que ha cuidado la independencia de sus operadores de decisiones populares como argumento para garantizar la imparcialidad. Sin embargo, en la práctica comportó que los niveles⁷ más altos del gobierno designan Ministros y que los mismos estén colocados bajo un perfil o pertenencia partidaria. No se dice, no se articula, pero en los hechos las ternas propuestas al senado amparaban abogadas o abogados que sin perjuicio de su capacidad conllevaban un grado de sintonía o empatía con su proponente, y el proceso de elección de los mismos subsume al interés partidario que compone las cámaras y los compromisos asumidos entre sí.

Los fallos, especialmente en materia constitucional, se ligaron constantemente y estadísticamente al favorecimiento de la estructura del Estado, particularmente en materias como la tributaria o aquellas que implican el refuerzo de la seguridad nacional en detrimento de la libertad ciudadana y esa situación, que tiene décadas de costumbre, generó un Poder Judicial impopular que no encuentra sintonía con los ciudadanos y ha buscado recomponer su rostro con esfuerzos dudosamente exitosos para ser una institución legítima de protección de la ciudadanía.

157

Por ello, ante la reforma no pudieron hacer nada, ya que por primera vez hubo históricamente una confrontación de poderes populares contra un poder no electo, que no contaba con apoyo alguno fuera de la estructura política y que fue fácil de desarticular en la arena de lo político y en la opinión ciudadana. Hoy, consumado el golpe de su disolución, es posible ya ver funcionarios judiciales adaptándose a la nueva realidad y participando en el proceso que la reforma constitucional mexicana ampara desde redes sociales, la plataforma misma y en general replanteando su mensaje a la ciudadanía.

Por lo que hace a Estados Unidos, este artículo se escribe a escasas semanas de la toma de posesión del presidente Trump en su segundo mandato, pero no es posible descartar el escrutinio a los poderes judiciales locales después de su condena de 34 delitos graves, que no ameritó tiempo de prisión. Esto resulta particularmente relevante considerando que los delitos derivaron de un procedimiento donde cada imputación correspondía a una transferencia o documento mal utilizado en el caso del *hush payment* a una actriz de contenido para adultos, y que aún enfrenta un proceso abierto en el estado de Georgia por presunto fraude electoral.

⁷ Recuperado en <https://www.etcetera.com.mx/se-le-acabo-la-caja-chica-amlo-frena-corte-su-gasto-discrecional/> y otros. Ver las excepciones jurisprudenciales del efecto *erga omnes* de la misma y el principio de relatividad del amparo en las respectivas leyes.

Incluso, su recién nombrado titular de la quimérica DOGE, el magnate Elon Musk, denunció durante el fin de semana del 10 y 11 de enero a varios jueces federales y locales como activistas judiciales corruptos al servicio del Partido Demócrata, vaticinando así el conflicto que este artículo describe (Raymond, 2025).

V. LA TEORÍA REALISTA COMO SOLUCIÓN A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Es iluso aventurarse a asumir que una teoría legal constituye la panacea para el saneamiento de un fenómeno histórico, social, político y jurídico. Empero, el objeto de este trabajo sostiene el estudio de la teoría realista como parte de una solución formativa, que considero oportuna ante el embate actual que enfrenta el Poder Judicial en América del Norte. La teoría realista debe entenderse en los términos en que fue enarbolada por Oliver Wendell Holmes Jr. juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, ya que debe distinguirse de la teoría de Alf Ross, a la cual muchos realistas rechazan como parte del movimiento y que, sin duda, no ha tenido la misma trascendencia en el pensamiento judicial surgido de Holmes Jr.

158

Históricamente, Wendell Holmes rechazó las teorías positivistas del momento, especialmente las de corte analítico que articularon una ciencia del derecho y propuso al derecho y a la actividad judicial como el centro del mismo, ya que lo calificó como un fenómeno de praxis, sujeto al estado social y de corte interpretativo, sentando escuelas de precedente hermenéutico mucho más exitosas en los Estados Unidos de América y las jurisdicciones angloparlantes que no reverberaban históricamente en las naciones latinoamericanas.

Empero, sostuvo los cánones de la escuela realista a través de su obra y sus sentencias:

- Que toda decisión judicial está sujeta a la experiencia previa del juez.
- Que no existe una lógica formal que construya un precedente sino una inercia del devenir histórico cultural y social.
- Que el derecho está en constante cambio y por lo tanto se debe prestar más atención a los hechos que a la aplicación de normas de forma axiomática y el devenir constructivo de un precedente judicial consolidado.

Wendell Holmes acuñó un rechazo al iusnaturalismo al sostener que la única «profecía» en la ciencia jurídica deviene del precedente, y consideró la Constitución

como un cuerpo principialista hace ya más de un siglo. En 1918, refutó con fuerza el carácter matemático de la resolución. Los nuevos realistas y los teóricos críticos han aceptado estos cánones como propios, y pueden resultar las bases de todas las corrientes modernas de los realismos; como la crítica jurídica y, en Latinoamérica, como una filosofía casi sociológica de abundante deontología, tal es el caso del realismo crítico o el así llamado infrarrealismo, que propugnan por una humanización del sistema jurídico a través de juicios no axiomáticos, sino transversales, que entiendan como destinatario y objeto principal del derecho a una persona de carne y hueso, y no así a un número de expediente.

VI. EL PODER Y LA NECESIDAD DE JURISPRUDENCIA DE COMBATE

Es poco acertado concebir al derecho como una realidad meramente abstracta sin reconocer su imbricación con las relaciones de poder. La dogmática jurídica tradicional, que como se ha mencionado, está fuertemente influenciada por el hiper formalismo disfrazado de cientificismo, ha pretendido reducir la actividad jurídica a un ejercicio técnico de subsunción normativa, ignorando que, el derecho es, ante todo, un instrumento de control social y, por tanto, una manifestación de poder. En otras palabras, el poder no es poseído, sino ejercido.

159

Bajo esta premisa, el paradigma constitucional en Norteamérica se enfrenta a una crisis de legitimidad que se inscribe en una lucha entre modelos de gobernanza elitistas y un clamor popular por una mayor democratización del derecho si es que es posible realizar esta afirmación. En este escenario, la jurisprudencia constitucional, tradicionalmente concebida como un coto reservado a los expertos, ha devenido en un espacio de exclusión y elitismo, dónde las decisiones tomadas siempre llevan consigo una justificación eternamente atribuida al velo de la técnica, ocultando que en realidad responden a estructuras de poder bien definidas y que tienen por ejemplo práctico el activismo judicial y el uso faccioso de las fiscalías en favor de los intereses de los grupos de poder en turno en ambos países que se estudian en el presente sin importar el periodo de gobierno.

Si el realismo jurídico pretende ser una respuesta ante la crisis que el discurso populista provoca en las instituciones, debe asumir un papel combativo real y no meramente discursivo frente al poder político. Esto implica entrar en la misma arena y es un nuevo reto que será la gran discusión académica en los foros universitarios serios. No basta con el reconocimiento del derecho como un producto social: es imperativo que la actividad jurisdiccional se oriente hacia la

creación de una «jurisprudencia de combate»⁸, es decir, un cuerpo de precedentes que confronte abiertamente las tendencias populistas autoritarias, pero que pueda ser entendida por la población, desmitificado y protector de la persona como eje central del aparato jurídico. No se trata solo de argumentar en términos de legalidad, sino también de disputar la legitimidad del discurso dominante en favor del paradigma de la dignidad humana, sin los velos tradicionales que han eximido de discusiones serias a los derechos humanos, como son las legalidades. En otras palabras, la función judicial debe trascender su papel pasivo y asumir una actitud de resistencia frente a las tendencias de gobierno que intenten vulnerarla.

Si la jurisprudencia constitucional ha de abandonar su tendencia elitista, es necesario replantear sus fundamentos teóricos. El modelo argumentativo de Robert Alexy, si bien ha sido utilizado para estructurar las decisiones de los *casos difíciles*, ha generado una formalización excesiva del derecho constitucional, alejándolo por completo de la realidad social. Un constitucionalismo más democrático debe adoptar un enfoque más pragmático y menos dogmático, basado en el contexto en que se sitúan los conflictos jurídicos, entendiendo el rol cada vez más socializado del derecho: un retorno al ágora griega o al foro romano. Esto implica reconocer que las decisiones judiciales no pueden reducirse a un ejercicio lógico-deductivo, sino que deben incorporar elementos sociológicos, culturales, históricos, políticos e, inclusive, ideológicos en su argumentación, sin miedos ni maquillajes.

Es así que el futuro de nuestro continente dependerá, en gran medida, de las políticas públicas que configuren sus sentencias, pues una corte constitucional principialista debe asirse de una metodología multidisciplinaria que ya no puede depender únicamente del carácter normativo axiomático. Así las cosas, el futuro es esperanzador.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1989). *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Clarendon.

Álvarez Ledesma, M. I. (2010). *Introducción al Derecho* (2.^a ed.). McGraw-Hill.

⁸ Aunque el término es bien acuñado del discurso del necroderecho de José Ramón Narváez, Ximena Guarneros, coautora del papel lo concibe como una suerte de sentido ciudadano aplicado al fallo judicial, donde se encarna un mensaje al ciudadano que pueda comprender el alcance de la decisión, que debe distinguirse del dogma —además imperativo— que el derecho no puede ser opinión de masas, pero de alguna forma sí tiene que ser algo que las convenza en este día y año.

- Atienza, M. (2012). *El derecho como argumentación*. Ariel.
- Austin, J. (2010). *The province of jurisprudence determined* (21.^a ed.). Oxford University Press.
- Blackstone, W. (1989). *Commentaries on the Laws of England* (3.^a ed.). The Perfect Library.
- Bonifaz Alfonso, L. (1999). *El problema de la eficacia en el derecho* (2.^a ed.). Porrúa.
- Burgoa, I. (2012). *Derecho constitucional mexicano* (12.^a ed.). Porrúa.
- Cruz Barney, Ó. (2012). *Historia del Derecho en México* (2.^a ed.). Oxford University Press.
- Garner, B. A. (2009). *Black's Law Dictionary* (9.^a ed.). West.
- Kelsen, H. (2015). *La teoría pura del derecho* (16.^a ed.) [R. J. Vernengo, trad.]. Porrúa.
- Kelsen, H. (2014). *Teoría general del derecho y del Estado* (3.^a ed.) [E. García Máynez, trad.]. UNAM.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a Social System* (3.^a ed.). Oxford University Press.
- Narváez, J. R. (2017). *Necroderecho*. Libitum.
- Paoli Bolio, J. F. (2019). *Teoría del Estado*. Editorial Trillas.
- Schmitt, C. (1963). *Teoría del Partisano*. Trotta.
- Tamayo y Salmorán, R. (2011). *Introducción analítica al estudio del derecho* (2.^a ed.). Themis.
- Tamayo y Salmorán, R. (2013). *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*. Fontamara.
- Tamayo y Salmorán, R. (2015). *Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho (Con especial referencia al acto constituyente)*. Fontamara.
- Watson, P. (2006). *A history of thought and invention, from Fire to Freud* (3.^a ed.). Harper Perennial.
- Wendell Holmes, O. W. (2013). *The Common Law eBook*. Dover Publications.
- Zander, M. (2007). *Cases and Materials on the English Legal System* (10.^a ed.). Cambridge University Press.

Hemerografía

Raymond, N. (12 de febrero de 2025). Trump, allies ramp up attacks on judges as Musk calls for impeachments. *Reuters*. <https://www.reuters.com/world/us/trump-allies-ramp-up-attacks-judges-musk-calls-impeachments-2025-02-12/>

Legisgrafía

Asamblea Constituyente. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, Querétaro de Arteaga.

Convención Constitucional. (1787). *Constitución de los Estados Unidos de América*. Estados Unidos, Philadelphia, Pennsylvania.

Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México.

Recibido: 10-02-2025

Aprobado: 11-02-2025