

El juez en el constitucionalismo moderno

Algunas reflexiones

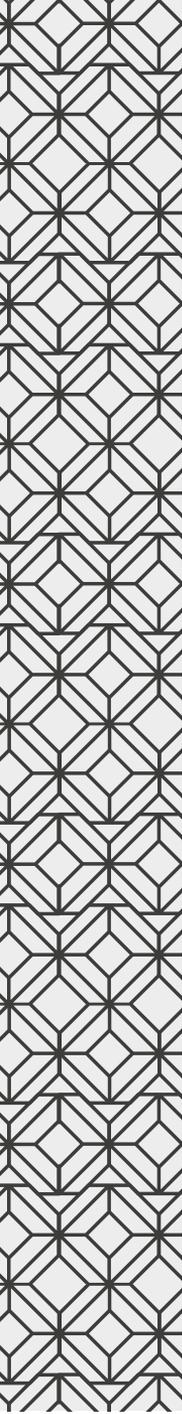
....

Coordinadores

**ALFONSO HERNÁNDEZ • JUAN CARLOS GUERRERO
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ**



EDITORIAL
UNIVERSIDAD
DE GUADALAJARA



El juez en el constitucionalismo moderno

Algunas reflexiones



Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND) lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que el crédito sea otorgado al autor, pero no puede ser mezclado, transformado, construir sobre él ni utilizado con propósitos comerciales. Para más detalles consúltese <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



El juez en el constitucionalismo moderno

Algunas reflexiones

....

Coordinadores

ALFONSO HERNÁNDEZ • JUAN CARLOS GUERRERO
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ



EDITORIAL
UNIVERSIDAD
DE GUADALAJARA



Ricardo Villanueva Lomelí
Rectoría General

Héctor Raúl Solís Gadea
Vicerrectoría Ejecutiva

Guillermo Arturo Gómez Mata
Secretaría General

Luis Gustavo Padilla Montes
**Rectoría del Centro Universitario
de Ciencias Económico Administrativas**

Missael Robles Robles
**Coordinación del Corporativo
de Empresas Universitarias**

Sayri Karp Mitastein
Dirección de la Editorial

Primera edición electrónica, 2020

Coordinadores

Alfonso Hernández Barrón
Juan Carlos Guerrero Fausto
José de Jesús Chávez Cervantes

Prologuista

Juan Luis González Alcántara Carrancá

Textos

© Guillermo Escobar Roca, Alfonso Hernández Barrón, Jorge Chaires Zaragoza, Riccardo Perona, Raúl Padilla Padilla, José de Jesús Chávez Cervantes, Juan Carlos Guerrero Fausto, César Guillermo Ruvalcaba Gómez, Kristyan Felipe Luis Navarro, José Barragán Barragán, Germán Cardona Müller, Francisco Javier Coquis Velasco, Luis Enrique Villanueva Gómez

Imagen de portada

William Blake "Plate 12",
America a Prophecy, 1795.

Coordinación editorial

Iliana Ávalos González

Jefatura de diseño

Paola Vázquez Murillo

Cuidado de la edición

Mariana Hernández

Diseño y diagramación

Maritzel Aguayo Robles

El juez en el constitucionalismo moderno: algunas reflexiones / Coordinadores Alfonso Hernández, Juan Carlos Guerrero, José de Jesús Chávez; prólogo Juan Luis González Alcántara Carrancá; textos Jorge Chaires Zaragoza... [et al.]. -- 1a ed. -- Guadalajara, Jalisco: Universidad de Guadalajara: Editorial Universidad de Guadalajara, 2020. 268 páginas; -- (Colección Monografías de la Academia).

ISBN 978-607-571-033-4

Incluye referencias bibliográficas

1 Jueces-México 2. Poder Judicial-México 3. Derecho constitucional I. Hernández Barrón, Alfonso, coordinador II. Guerrero Fausto, Juan Carlos, coordinador III. Chávez Cervantes, José de Jesús, coordinador IV. González Alcántara Carrancá, Juan Luis, prólogo V. Chaires Zaragoza, Jorge, autor VI. Serie

347.9972 .J93 DD21

K2146 .J93 LC

LND Thema

D.R. © 2020, Universidad de Guadalajara



José Bonifacio Andrada 2679
Colonia Lomas de Guevara
44657 Guadalajara, Jalisco

www.editorial.udg.mx
01 800 UDG LIBRO

ISBN 978-607-571-033-4

Diciembre de 2020

Hecho en México
Made in Mexico

Todos los derechos de autor y conexos de este libro, así como de cualquiera de sus contenidos, se encuentran reservados y pertenecen a la Universidad de Guadalajara. Por lo que se prohíbe la reproducción, el registro o la transmisión parcial o total de esta obra por cualquier sistema de recuperación de información, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, existente o por existir, sin el permiso por escrito del titular de los derechos correspondientes.

Queda prohibido cualquier uso, reproducción, extracción, recopilación, procesamiento, transformación y/o explotación, sea total o parcial, sea en el pasado, en el presente o en el futuro, con fines de entrenamiento de cualquier clase de inteligencia artificial, minería de datos y texto y, en general, cualquier fin de desarrollo o comercialización de sistemas, herramientas o tecnologías de inteligencia artificial, incluyendo pero no limitando a la generación de obras derivadas o contenidos basados total o parcialmente en este libro y/o en alguna de sus partes. Cualquier acto de los aquí descritos o cualquier otro similar, está sujeto a la celebración de una licencia. Realizar alguna de esas conductas sin autorización puede resultar en el ejercicio de acciones jurídicas.

Índice

7 Prólogo

JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

9 Estudio introductorio

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

18 La deficiente regulación del precedente judicial en los controles de constitucionalidad de los derechos humanos

ALFONSO HERNÁNDEZ BARRÓN

29 El federalismo judicial en México y la autonomía constitucional de los estados

JORGE CHAIRES ZARAGOZA

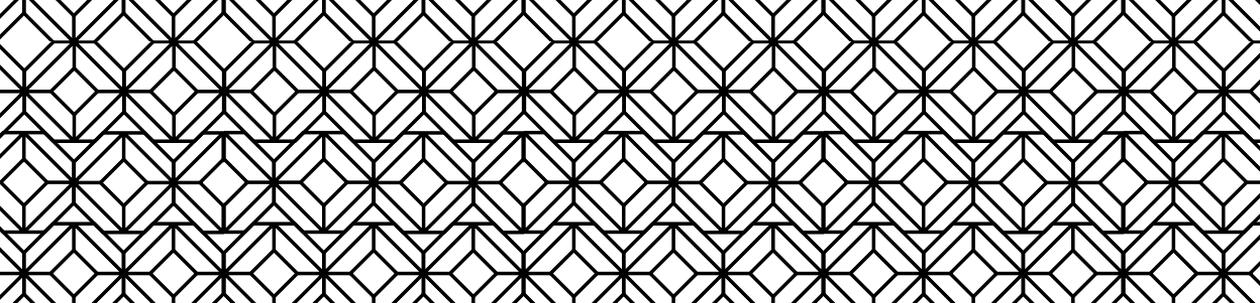
51 La prohibición de automatismos legislativos: entre desarrollos jurisprudenciales y nuevos paradigmas jurídicos

RICCARDO PERONA

61 El juez constitucional frente al rezago histórico de los derechos humanos socioeconómicos

RAÚL PADILLA PADILLA

- 82 El control de constitucionalidad y la objeción democrática:
una aproximación al debate**
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES
JUAN CARLOS GUERRERO FAUSTO
-
- 114 La dimensión democrática del juez**
CÉSAR GUILLERMO RUVALCABA GÓMEZ
-
- 155 El asesor jurídico, representante legal en el Sistema de Justicia
Penal Adversarial y Acusatorio: un reto para los órganos
jurisdiccionales**
KRISTYAN FELYPE LUIS NAVARRO
-
- 172 El mal llamado federalismo judicial a la luz de la Ley
de Amparo de 1869**
JOSÉ BARRAGÁN
-
- 213 La política pública como objeto de revisión de las funciones
de los jueces constitucionales: estudio de caso del amparo
en revisión 566/2015**
GERMÁN CARDONA MÜLLER
-
- 233 Una mirada al juez constitucional mexicano**
FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO
-
- 245 El papel del juzgador en la gobernanza**
LUIS ENRIQUE VILLANUEVA GÓMEZ
-
- 262 Autores**



Prólogo

JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Los coordinadores de esta obra abordan de una manera novedosa y brillante temas fundamentales en el derecho constitucional. El libro es, sin duda, uno de los mejores que sobre este tópico se haya escrito recientemente, pues una de las experiencias más actuales que han marcado el derrotero de la justicia en México fue el cambio de perspectiva respecto de los derechos humanos. Un enfoque moderno y progresista dio origen al surgimiento de la décima época y a reformas constitucionales de gran calado, que han dado un giro en el rumbo de la impartición de justicia.

Ello implica que después de las reformas constitucionales, siguiendo las ideas de Armin von Bogdandy, nuestro sistema jurídico está encaminado a un *ius commune* latinoamericano, que pretende avanzar en el respeto a los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia, como un Estado abierto a las instituciones internacionales fuertes y legítimas, y más concretamente a un diálogo jurisprudencial.¹

De ahí que la tarea del juez es una de las más altas responsabilidades, pues es donde los principios de honradez, independencia, imparcialidad y excelencia deben estar grabados en cada una de sus resoluciones, y resolver conflictos ahí donde los ciudadanos

¹ Véase L. R. González Pérez y D. Valadés (2013). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: IJ-UNAM, pp. 49-55.

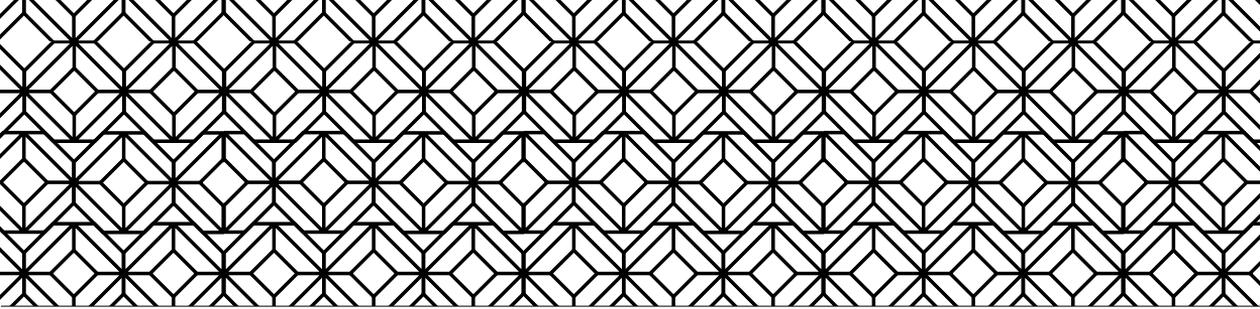
y las autoridades no logran hacerlo por ellos mismos, es la esencia de la función del Estado, su razón de ser. Proporcionar seguridad y certeza jurídicas.

Estas reflexiones están compuestas de diversos capítulos en los que se abordan temáticas relacionadas con la función jurisdiccional. Algunos son críticos en tanto tienden a evidenciar fallas del sistema judicial; por ejemplo, uno de ellos tilda de inadecuada e ineficiente la estructura normativa del precedente judicial (juicios de amparo) en México, en tanto –dice el autor– viola el principio de seguridad jurídica en sentido material. Mientras otros son netamente descriptivos (aunque también un tanto críticos). En este apartado se denota su conocimiento sobre cómo los poderes judiciales, por decirlo en términos muy genéricos, se han impuesto sobre los legislativos, al grado de cambiar las presunciones legales que este libremente configuró; otros dan su espaldarazo a los jueces, pero invitándolos a hacer más. Acerca de esto último me pareció en verdad interesante un capítulo que, muy esencialmente, nos invita a que seamos más activos, que cree firmemente en el activismo judicial en la aplicación directa de la Constitución y de los más amplios catálogos de derechos humanos, a fin de hacer “más” justiciables los derechos humanos económicos, sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos.

También hay otros textos que describen algunos problemas a los que se enfrentan los jueces, por ejemplo, cómo lograr un equilibrio entre los derechos de una víctima y de un imputado, y su impacto en la forma de juzgar.

Como se advierte, esta obra ofrece una amplia visión de lo que los poderes judiciales y los jueces hacen o deben hacer, no sólo en el constitucionalismo moderno, sino en general en tiempos actuales; los problemas y conflictos a los que se enfrentan en estas épocas turbulentas, desde perspectivas críticas, analíticas, descriptivas y propositivas, por supuesto bien fundamentadas y sustentadas.

Por las razones anteriores, me parece innovador el libro que ahora presento y los invito a leerlo, pues estoy convencido de que un diálogo abierto como el que ofrece siempre aporta, tanto a la función jurisdiccional como a nuestro país, una visión en defensa de la Constitución y los derechos humanos.



Estudio introductorio

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Los once capítulos que componen este volumen ofrecen un buen panorama de gran parte de los problemas actuales que suscita la relación entre los jueces y la Constitución. Sirvan estas líneas para introducir algunas reflexiones desde la realidad española, en el intento de abrir un necesario diálogo trasatlántico, como primer paso hacia la futura construcción de una teoría más general. No es mi intención discutir en detalle las tesis sostenidas por los distintos autores (resultaría pretencioso por mi parte, sin conocer los entresijos del complejo sistema jurídico mexicano), sino tan sólo someramente plantear unas mínimas consideraciones sobre el trasfondo. Veamos inicialmente, y con alguna libertad, las temáticas más relevantes presentadas en el libro (no todas, pues la obra es obviamente mucho más rica que este modesto prólogo).

Federalismo judicial y derechos humanos

México, que se autodefine como Estado federal (art. 40 constitucional) y seguramente no lo es tanto, y España, cuya Constitución no define la forma territorial del Estado, pero que en la práctica se parece bastante al Estado federal, comparten problemas comunes, originados de la

persistente ausencia (más llamativa en México, donde el federalismo, al menos sobre el papel, es mucho más antiguo) de una cultura política auténticamente federal. Si los principios jurídico-políticos no calan en la conciencia de la sociedad, y sobre todo de la clase política, sirven de poco: son útiles (yo diría que imprescindibles) para la construcción académica, pero solucionan muy lentamente los problemas reales y concretos. A esta ausencia se suma una deficiente regulación jurídica de las relaciones entre el centro y la periferia (que en España ha sido en gran parte enmendada, en una línea inicialmente bastante equilibrada, por una casi providencial jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y así la califico, teniendo en cuenta que este órgano es designado en su totalidad por el Estado central), causante de una inevitable conflictividad, más cuando en ambos países nos queda mucho camino para llegar al ideal de la lealtad constitucional (cuando escribo estas líneas, permanece abierto el conflicto entre los Gobiernos de la nación y de la Comunidad de Madrid por la gestión de la pandemia). Ya desde hace algunos años, en ambos países (y quizás en todas partes) se aprecia la tendencia a recentralizar, resultando significativo, por ejemplo, en México el “crecimiento” del artículo 73 de la Constitución, y en España la reciente doctrina del Tribunal Constitucional limitando la capacidad de las comunidades autónomas para implementar políticas sociales más avanzadas, con la excusa de la competencia exclusiva del Estado central de “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13ª de la Constitución española), leída como control del gasto público impuesto por la Unión Europea. Seguramente es en materia financiera donde quedan más claras las limitaciones de nuestros respectivos “federalismos”: la autonomía real de los entes descentralizados (los estados mexicanos y las comunidades autónomas españolas) se enfrentan a serias dificultades si el Estado central continúa tomando las decisiones presupuestarias clave; al final, caemos en un círculo vicioso: la periferia gestiona mal porque no tiene financiación, y no se la otorga financiación porque gestiona mal. A todo ello se suma, creo que también en ambos países, un deficiente diseño de los mecanismos de coordinación y cooperación entre el centro y la periferia, conducente a un poder público con altas dosis de ineficacia, bien percibida por la ciudadanía, que obtiene finalmente

la imagen de un Estado burocrático (en el peor sentido del término), y que más que solucionar sus problemas, los consolida y agrava. La percepción de una corrupción más frecuente en los entes descentralizados que en el Estado central tampoco ayuda a crear conciencia ciudadana a favor del federalismo.

Sin embargo, esta tendencia a la recentralización puede justificarse en el ámbito propio de este volumen, la relación entre la justicia y los derechos humanos, con la salvedad a la que al final me referiré. Quizás la mejor justificación actual de la descentralización sea el principio democrático, léase la participación de la ciudadanía en la elección de representantes más próximos a sus intereses. El principio democrático (que, como todos los principios jurídico-políticos, puede cumplirse “más o menos”) comienza a construirse desde abajo, y bien podríamos aceptar de entrada que “cuanto más descentralización, más democracia”. Ahora bien, este modelo no sirve para la justicia, que es el poder del Estado menos democrático, como enseguida se verá. Seguramente con buen criterio, el constituyente español de 1978 evitó dar pie al federalismo judicial al construir un poder judicial centralizado (principio de unidad jurisdiccional), y acertó también el Tribunal Constitucional de mi país cuando, respondiendo al recurso contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, dejó bien claro que las posibilidades de una justicia descentralizada se limitaban a los aspectos de mera gestión administrativa, nunca al ejercicio de la potestad jurisdiccional propiamente dicha, que reside exclusivamente en el Estado central:

si las Comunidades Autónomas han de tener siempre Gobierno propio y, en determinados supuestos, hoy generalizados a todas las Comunidades Autónomas, también Asamblea legislativa autonómica, no pueden contar, en ningún caso, con Tribunales propios, sino que su territorio ha de servir para la definición del ámbito territorial de un Tribunal Superior de Justicia que no lo será de la Comunidad Autónoma, sino del Estado en el territorio de aquella (sentencia 31/2010).

Por definición, todo Estado es unitario y la soberanía es siempre del Estado central (no parece así muy correcto el uso del término en el precitado art. 40 de la Constitución mexicana), inclusive bajo

la forma territorial federal y la potestad jurisdiccional no se puede descentralizar. Un ordenamiento jurídico propiamente dicho debe contar necesariamente con un sistema único de aplicación, y por eso sólo desde un uso flexible del término puede hablarse de ordenamientos jurídicos regionales.

Lo antedicho se refuerza desde la perspectiva de los derechos humanos (de los tratados internacionales) y fundamentales (de las constituciones), categorías diferentes (aunque es cierto que cada vez menos) por mucho que la terminología del constituyente mexicano pueda inducir a alguna confusión. Si son universales, o al menos pretenden serlo, a nivel global (los derechos humanos) y a nivel nacional (los derechos fundamentales), es obvio que ni unos ni otros se pueden “federalizar”, pues deben ser iguales para todos, con independencia del territorio donde residan sus titulares. Tiene razón Jorge Chaires Zaragoza cuando afirma en este libro que “las constituciones de los estados en estricto sentido no son constituciones” (tampoco estrictamente crean derechos fundamentales, que son una categoría “nacional”), y es evidente que la creciente importancia en nuestros países (más contundente, al menos sobre el papel, en México que en España) del derecho internacional de los derechos humanos añade un obstáculo a la federalización. Las desigualdades en el disfrute de los derechos sociales son evidentes en México y en España (aunque seguramente mayores en México), y esta situación en cierto modo es inevitable, pero no tanto por causa de una justicia territorialmente desigual sino por otros motivos que ahora no es momento de analizar.

Jueces y democracia

Se trata de un tema eterno de la teoría constitucional, nunca bien resuelto a mi juicio porque no ha sido planteado correctamente. No caben aquí posturas maximalistas y lo más prudente, como apuntan José de Jesús Chávez y Juan Carlos Guerrero, es optar por soluciones intermedias. Los jueces no son un poder democrático ni pueden serlo, por mucho que la Constitución mexicana señale que “Todo poder

público dimana del pueblo” (art. 39) o, yendo más a lo concreto, que la española afirme que “La justicia emana del pueblo” (art. 117.1), ejemplo este último de norma “cosmética” donde las haya. Es claro que los jueces deben (moral pero no jurídicamente) estar atentos a las aspiraciones ciudadanas (la “porosidad social” de la que habla César Guillermo Ruvalcaba), y todavía más interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo presente, pero ni son elegidos democráticamente (salvo los más altos tribunales, y a veces con perniciosos efectos) ni actúan conforme a reglas democráticas (excepto en las votaciones en los órganos colegiados), y cabe dudar de la pertinencia de la original (pues no conozco otro caso en el mundo) práctica mexicana de dar publicidad (¡en televisión!) a las deliberaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por otro lado, los intentos de abrir la Administración de Justicia a la participación ciudadana no han producido los resultados esperados. Sin duda necesitamos más participación, pero no creo que el ámbito judicial sea el más adecuado para ello (mejor sería empezar por otro lado, que falta nos hace), por mucho que siempre resulte aconsejable, como bien señala Luis Enrique Villanueva, promover una Administración de Justicia más cercana a la ciudadanía y un juez mejor capacitado. Nótese que he hablado primero de “administración”, y después de “preparación”, que también tiene que ver algo con la democracia pero no es lo mismo.

La saludable separación entre jueces y ciudadanos, necesaria para evitar el populismo judicial, no puede llevarse al extremo: la justicia no carece del todo de legitimación democrática, pero esta no le viene de su origen popular sino de su sometimiento a la ley, que es un producto de la voluntad popular. Ahora bien, esto es la teoría, pues todos sabemos que las leyes no siempre se adecuan a los intereses de la mayoría y a veces ni siquiera a los derechos humanos; de ahí la necesidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes, léase de la clase política. Democracia y Estado de derecho no son principios contradictorios pero sí diferentes, y nuestra democracia no es popular (término de infausto recuerdo) sino constitucional, es decir, limitada. El juez está antes al servicio del derecho que de la democracia. Al final, si debemos buscar un punto intermedio entre los polos

del radicalismo democrático (teorizado por algunos como “constitucionalismo popular”) y del activismo judicial, no encuentro otra salida que analizar cada supuesto concreto de conflicto, examinando empíricamente cómo se tomó la decisión legislativa controvertida, con qué apoyos contó, si siguió o no los dictados de la mayoría social y, sobre todo, la calidad de los argumentos del legislador en contraste con los argumentos del juez. Buena parte de las modernas definiciones de lo jurídico acentúan precisamente su faceta de comunicación, deliberación y argumentación. Por tanto, dejemos aquella discusión teórica interminable, seguramente insoluble, y estudiemos los casos concretos, perspectiva que muchas veces se echa de menos en los trabajos sobre la ya cansina objeción contramayoritaria.

Jueces y derechos humanos

Un modelo exigente de derechos humanos reclama una justicia fuerte, y en cierto modo una limitación de la democracia, en tanto aquellos son antes un producto del liberalismo que de la misma democracia; véanse, si no, los orígenes liberales y no democráticos del constitucionalismo (el sufragio universal no llegó hasta bien entrado el siglo xx) y la importancia que siempre han tenido los derechos de las minorías en el sistema de derechos humanos, trasmutados ahora en derechos de los más vulnerables, que lo son, entre otras cosas, por carecer de voz en los circuitos de la democracia representativa. El juez Hércules que propone Francisco Javier Coquis parece tan alejado de la realidad como el famoso modelo de Dworkin (pensado, por cierto, para Estados Unidos y de más difícil implantación en otros ámbitos culturales), pero ello no debe impedirnos el seguir reivindicándolo. Tanto en México como en España seguimos padeciendo las consecuencias del todavía dominante positivismo legalista, presente en la interpretación llevada a cabo por nuestros jueces (más próximos en la práctica al “juez funcionario” que al “juez constitucional”), con los perniciosos efectos que todos conocemos para el avance de los derechos humanos, los cuales requieren otra mentalidad. Por cierto, echamos en falta en este libro (pero no es un problema suyo,

sino de casi todos los escritos por juristas) análisis más empíricos, o al menos que incorporen alguna suerte de perspectiva sociológica, como la apuntada en un esclarecedor trabajo de José Ramón Cossío de hace algunos años, y que alguien debería escribir sobre España. Aunque curiosamente las transformaciones (a mejor) en las formas de razonar de los jueces hacia una mentalidad “más constitucional” creo que han ido bastante más rápido en México que en España. En mi país son todavía impensables sentencias como las dictadas por la Suprema Corte en materias como el aborto, el consumo de drogas, la discriminación por indiferenciación o algunos derechos sociales como la salud o la seguridad social. Seguramente, la potencia simbólica de la reforma constitucional de 2011 haya tenido bastante que ver en ello, y es que aquí los dos países se encuentran en los dos extremos: en México la Constitución se reforma casi cada año y en España se ha modificado solo en dos ocasiones en cuarenta y dos años, ambas por “recomendación” de la Unión Europea.

Jueces, políticas públicas y el papel de los entes descentralizados

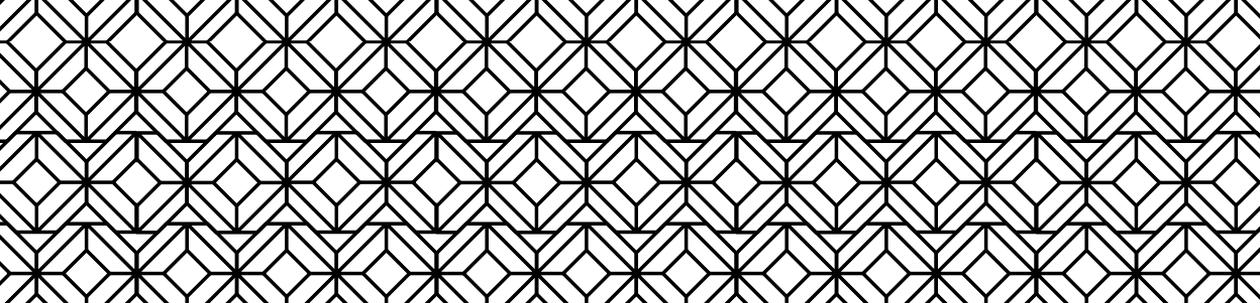
Cuando los derechos se concretan en obligaciones estatales de protección y en prestaciones sociales, el riesgo de activismo judicial se acrecienta, pues nos encontramos todavía aquí en fase de construcción y, por tanto, de relativa indefinición, inseguridad y mayor libertad del intérprete, aunque también del político. Ciertamente, como destaca Alfonso Hernández Barrón, la doctrina internacional limita mucho esa libertad, a la vez que potencia la seguridad jurídica, y sólo por eso ya debería ser tenida bien en cuenta, pese a la disminución de la independencia judicial (que consiste en juzgar con una cierta autonomía de criterio) que implica y al riesgo de que se vuelva en nuestra contra. En la actualidad, los órganos internacionales suelen ser más progresistas que los Estados, pero podría suceder lo contrario en el futuro.

Aquí las categorías de la dogmática de los derechos (también en construcción) pueden aportar alguna luz. El carácter objetivo de los derechos se concreta sobre todo en deberes estatales de protección

que van más allá de la satisfacción de los intereses de individuos concretos en casos particulares. Nunca me ha convencido del todo la cada vez más frecuente referencia a las políticas públicas de derechos humanos (trasmutadas ahora en objetivos de desarrollo sostenible), pues contribuye a diluir el carácter obligacional de los derechos. Como bien demuestra Germán Cardona en su concienzudo análisis de la sentencia 566/2015 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la argumentación judicial previa a los fallos sobre políticas públicas (si bien en este caso se estimó correcta la omisión de la misma) deja en demasiadas ocasiones mucho que desear. Es cierto que, siguiendo la estela colombiana del “estado de cosas inconstitucional” y de las sentencias estructurales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las violaciones generalizadas de los derechos deberían corregirse con medidas estructurales, pero también es verdad que los jueces no están ni bien preparados ni bien legitimados para dictarlas, salvo en casos excepcionales y siempre que puedan argumentar bien que realmente se produjo una violación no remediable por otras vías. Aquí el diálogo con el ombudsman (que no tiene las limitaciones de la justicia) y los organismos internacionales debería ser obligado. Antes de ello, necesitamos perfeccionar el razonamiento dirigido a demostrar la violación. En otras palabras: más teoría, mejor argumentación y mayor diálogo.

Yendo a lo más urgente: deberíamos concretar mejor aquello que el Estado debe jurídicamente hacer, y en cuanto al contenido de los derechos, deslindar entre su contenido constitucional e internacional y su contenido adicional, circunscrito este último a lo que el legislador y el ejecutivo pueden ampliar “si quieren”. Es en este ámbito donde a mi juicio se encuentran las mejores posibilidades para el desarrollo por los entes descentralizados. Se salvaguardaría así un mínimo componente federal del sistema, sin atentar a la esencia universalista de los derechos humanos y fundamentales. Los estados mexicanos y las comunidades autónomas españolas podrían mejorar los derechos en sus territorios, pero no porque se lo impongan la Constitución ni los tratados internacionales sino por decisión propia (legislativa o ejecutiva, pero en todo caso autónoma), recuperando de esta forma parte de la legitimidad perdida.

Sirvan estas breves líneas para continuar el debate con los autores de este importante libro y para animarles a dialogar con sus colegas españoles y de otros países, en la búsqueda de ese derecho común iberoamericano y europeo que a todos nos enriquecerá, como juristas y como ciudadanos de países hermanos.



La deficiente regulación del precedente judicial en los controles de constitucionalidad de los derechos humanos

ALFONSO HERNÁNDEZ BARRÓN

Introducción

Como bien lo ha sostenido Josep Aguiló Regla, la dinámica de la teoría postpositivista muestra un contraste significativo con el positivismo, ya que este último, al asumir una postura escéptica en relación con la dimensión axiológica de la norma, permite al juez un amplio margen de discrecionalidad en su función de adjudicación del derecho (Regla, 2007). En cambio, el postpositivismo obliga al juez a procurar una fundamentación y motivación que, además de cumplir con parámetros formales de un silogismo hipotético, al solucionar una problemática resuelva acorde con la dimensión valorativa del sistema jurídico vigente.

Atendiendo a su utilidad, el postpositivismo, como actitud epistemológica hacia el derecho, permite establecer un enlace suficiente y necesario con la moral, sin que el fenómeno jurídico se confunda con este, tal como lo ha mostrado Atienza (2014). Con ello se pretende que los operadores jurisdiccionales no sólo ofrezcan cualquier razón ante las problemáticas que se le presenten, sino que se brinden los mejores argumentos, buscando un adecuado balance entre la dimensión formal y pragmatológica; es decir, se busca cubrir tanto el aspecto de lo racional como de lo razonable.

Es este marco teórico el que se desprende del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer la obligatoriedad que tienen todas las autoridades para garantizar los derechos humanos. Esto se debe a que dicha disposición jurídica establece un nexo causal con la dimensión valorativa desde el momento en el que reconoce derechos; situación que se da a partir de la reforma de junio del año 2011, ya que con anterioridad el marco jurídico constitucional mexicano únicamente permitía que se otorgaran dichas prerrogativas.

La legislación constitucional vigente, a partir de esa reforma, implica que los operadores jurisdiccionales, como es el caso del Tribunal Constitucional, deben de garantizar un umbral mínimo en la calidad de sus razonamientos, en el sentido que tanto la justificación interna o formal, así como externa o material, incumben materializar la seguridad jurídica desde una óptica sustancial, a efecto de lograr consolidar los principios constitucionales (Atienza, 2014).

Problemática

Desde dicha reforma, la regulación jurídica para la conformación de la estructura de precedentes¹ en materia de controles de constitucionalidad, como es el caso del amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, se han sostenido sin alteración alguna. Si bien existe una presunción *a priori* de que los operadores jurisdiccionales que integran el Poder Judicial de la Federación realizarán la función de adjudicación acorde con dicho paradigma postpositivista en esta materia, elevando así la calidad de la argumentación, surge la interrogante de si la regulación secundaria es suficiente para garantizar la seguridad jurídica, en sentido material, de la población.

¹ Si bien la legislación vigente en el Estado mexicano no hace referencia expresa al término *precedente* de manera explícita, esto no implica que no exista una teoría al respecto, la cual es aceptada, tal como lo señala Camarena (2018), y se ha ido consolidando a partir de la regulación de los controles de constitucionalidad.

A través de este capítulo se mostrará que la estructura normativa del precedente, que deben aplicar los operadores jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación tratándose de los controles de constitucionalidad, como es el caso del amparo, así como de la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, es inadecuada para proteger los derechos humanos, ya que viola la seguridad jurídica de la población.

La problemática a dilucidar es relevante para el mundo jurídico, ya que a través de ella se plantean los factores y demás obstáculos que impiden que la argumentación jurídica, por parte de los órganos de control de constitucionalidad en el Estado mexicano, logre ofrecer una mayor seguridad a partir de los precedentes que emiten. A su vez, es importante porque, tras analizar dichos factores, se mostrará la relevancia que tiene el postpositivismo como postura epistémica para coadyuvar a consolidar una democracia constitucional en el Estado mexicano, y como herramienta que permite solventar los déficits de razonabilidad en la justificación de los precedentes frente a otras perspectivas epistémicas, como es el caso del positivismo o el realismo jurídico.

A efecto de comprobar la hipótesis de referencia, se procederá vía estudio de caso de la siguiente legislación:

- Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 74, en el cual regula la estructura de los precedentes en materia del control de constitucionalidad en el amparo.
- Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 39 y 71, los cuales establecen los lineamientos que debe atender la ejecutoria en materia de acciones de inconstitucionalidad.

La estructura del precedente que se desprende de dicha regulación será confrontada con el estándar de argumentación jurídica propio de la perspectiva del postpositivismo. Para tal efecto, se buscará que dicha adecuación responda a las exigencias de un balance tanto de la dimensión formal así como material de la argumentación, tal como lo sostiene Atienza (2014).

Estructura jurídica de los precedentes en los controles de constitucionalidad de los derechos humanos

Tanto la legislación en materia de amparo como el ordenamiento de acciones de inconstitucionalidad establecen estructuras sobre los contenidos esenciales de los precedentes. En el primer caso, el artículo 74 señala como requisitos esenciales de toda sentencia los siguientes:

- I. La fijación clara y precisa del acto reclamado;
- II. El análisis sistemático de todos los conceptos de violación o en su caso de todos los agravios;
- III. La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el juicio;
- IV. Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para conceder, negar o sobreseer;
- V. Los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, cuando proceda, el órgano jurisdiccional advierta en suplencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución; y
- VI. Los puntos resolutivos en los que se exprese el acto, norma u omisión por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa (Cámara de Diputados, 2018).

En cambio, los artículos 41 y 71 de la regulación en materia de acciones de inconstitucionalidad establecen los siguientes requisitos:

Artículo 41. Las sentencias deberán contener:

- I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;
- II. Los preceptos que la fundamenten;
- III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;

iv. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;

v. Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;

vi. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

[...]

Artículo 71. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial (Cámara de Diputados, 2015).

De ambos ordenamientos jurídicos se pueden desprender los siguientes elementos en común, que son relevantes para el objeto de estudio de este capítulo:

- Las consideraciones, las cuales consisten en los razonamientos que sostienen la postura o conclusiones de los operadores jurisdiccionales en la problemática que deben resolver.
- Los efectos del precedente, en donde se establece los alcances de esta atendiendo a la situación del caso en concreto y acorde con los razonamientos que se emplearon.

La legislación en cuestión presume que dichos elementos son necesarios para resolver las problemáticas, sin necesidad de ahondar en la naturaleza jurídica de los posibles derechos humanos o la idoneidad del método que se vaya a emplear para dilucidar la problemática. Como se puede observar, dichos elementos otorgan una amplia facultad de discrecionalidad para que los operadores jurisdiccionales puedan actuar.

Esto se corrobora a través de la interpretación jurídica que ha emitido el Poder Judicial de la Federación en vigor, acorde con el principio de congruencia y exhaustividad (SCJN, 2016). Dicho supuesto implica que el precedente debe de gozar de congruencia, es decir, entre los diversos razonamientos y los alcances no debe existir discrepancia; y a su vez se requiere que el operador jurisdiccional haga frente a todas las pretensiones de las partes en el proceso.

Tal como lo ha establecido el Poder Judicial de la Federación, esto no implica que los precedentes se estructuren para responder a exigencias de justificación interna y externa, tal como se deduce de la teleología de la reforma de los derechos humanos; en todo caso, se tratan de requisitos de forma que no dicen demasiado del contenido de las sentencias.

Alcances de la regulación estructural de los precedentes

El problema que representa la regulación jurídica en la materia que ocupa este artículo, consiste en que se presupone que es una condición necesaria y suficiente para lograr una justificación adecuada de conformidad con el nuevo paradigma garantista de derechos humanos, sin que se den los extremos para que opere. En todo caso, esta regulación no necesariamente garantiza el principio de seguridad jurídica en su dimensión material.

La primera razón que sostiene dicha postura consiste en que de aceptar la legislación actual se incurriría en una petición de principio. Esto se debe a que la inferencia en cuestión presupone la deferencia

al operador jurisdiccional para solucionar problemáticas acordes con el nuevo paradigma por considerar que la legislación es suficiente. Es decir, sin importar la estructura de la regulación, esta será suficiente garantía para lograr la dimensión valorativa que persigue.

En cambio, no toda estructura normativa es igual de óptima para alcanzar los fines que pretende un ordenamiento jurídico. Si bien la regulación por sí misma no es garantía absoluta, una adecuada regulación conforme con el contexto en el cual se aplicará, será un factor determinante para alcanzar la previsibilidad por la que los principios jurídicos serán aplicados.

En este sentido, la regulación jurídica no dice nada sobre cómo se han de esgrimir los razonamientos para que logren su función protectora en materia de derechos humanos. Por un lado, se reitera que la regulación es omisa en establecer la idoneidad del método que se va a emplear, lo cual es necesario para verificar que este corresponde a la problemática. Si el operador jurisdiccional establece la justificación de la pertinencia de su línea de argumentación se puede controlar mejor el discurso con un menor grado de déficit de racionalidad y razonabilidad, a que si el justiciable debe desentrañarlo, quien por lo general no es un lego en la materia.

Por otro lado, la regulación es deficitaria al determinar los parámetros de justificación interna y externa de los razonamientos que sostienen su conclusión. Si bien la calidad de la argumentación puede que no se establezca de manera previa, no significa que no puede ser analizada y evaluada en futuros casos. Implica que la regulación debería de dictaminar la obligación de lograr un balance entre la dimensión formal y material.

Esto se hace necesario cuando se ponderan derechos de la misma jerarquía, estableciendo los lineamientos para llevar a cabo la asignación de valor vía la justificación que se considere más idónea y atendiendo al contexto del cual se desprenda la problemática. Esta cuestión en su momento ha sido planteada por Bernal (2015) al tratar los fundamentos filosóficos del precedente. Además, propone que los justiciables cuenten con mayor certeza en cuanto a la concreción de valores, que se han de traducir en normas a través de la *ratio decidendi* que sea producto del proceso de balanceo. Es decir, la justa y adecuada valoración del juez mediante ejercicios de ponderación debidamente regulados.

Ambas omisiones violan la seguridad jurídica en su visión material, ya que parten de una visión positivista del control de constitucionalidad en materia de derechos humanos, que no establece los parámetros para concretar los principios axiológicos de la Constitución. Esto se debe a que la regulación actual se agota en sí misma, en donde, atendiendo a los argumentos esgrimidos, es imperativo incluir los elementos señalados que den pauta a que los razonamientos logren hacer frente a los déficits de racionalidad y razonabilidad señalados.

En cuanto a la regulación jurídica en materia de los efectos jurídicos del precedente, esta es omisa en establecer los parámetros que deben seguirse acorde con una visión integral de la reparación del daño en materia de derechos humanos, tal como la que se sostiene por parte de organismos internacionales, como es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. De manera similar a lo que ocurre en materia de regulación de los razonamientos, la legislación vigente opta por una visión positivista de los efectos de la sentencia, dejando un excesivo margen de discrecionalidad que no es adecuado a la visión garantista de la reforma de 2011.

Dicha afirmación ha permitido que el propio órgano de control de constitucionalidad pueda emitir precedentes, negando la posibilidad de que se aplique la teoría de la reparación integral para permitir una armonía entre el sistema regional y el local, tal como ocurrió en la ejecutoria correspondiente al amparo en revisión 706/2015 de la Primera Sala de la Justicia de la Nación (SCJN, 2017).

En dicho precedente, el operador jurisdiccional estableció que el amparo es incompatible con el control de convencionalidad. A pesar de que existían suficientes argumentos para que la Primera Sala lograra establecer la compatibilidad, en las consideraciones de la sentencia se presume que el amparo no requiere de armonización con los instrumentos internacionales. Es decir, dicho órgano de control de constitucionalidad presupone su superioridad como mecanismo de garantía de derechos humanos, a tal grado que considera que el otorgarle el amparo al quejoso es suficiente para restituirlo en su derecho violado.

De contar con la regulación que establezca que los efectos del amparo deben garantizar una restitución integral, en donde se tome en consideración la indemnización moral, y la obligación que sea

acorde con los instrumentos de adjudicación de los organismos internacionales, entonces se logrará garantizar la seguridad jurídica material necesaria para que la legislación sea conforme con el paradigma garantista en cuestión. Sostener la regulación actual permite el que se adopten posturas como las señaladas, en detrimento de los justiciables, así como del Estado de derecho al impedir que el daño a los derechos humanos sea efectivamente restituido.

Se considera, más allá de los elementos que puedan tener en común dichas disposiciones, que es contraproducente la forma en la que se regula la conformación de los precedentes obligatorios en su dimensión horizontal, tema tratado tanto por Camarena (2018) como por González (2018). Ambos juristas sostienen que no existe regulación que permita que se de certeza que los juzgados de la misma instancia sigan sus propios precedentes acorde con el criterio de universalidad, a efecto de combatir la arbitrariedad.

Por otro lado, la forma en la que se regula la fuerza obligatoria del precedente por parte del amparo, en contraposición por la acción de inconstitucionalidad, muestra una inconsistencia en la medida que no existe justificación suficiente para que en un caso, un solo precedente con el voto de ocho ministros, pueda ser obligatorio; en tanto que en el amparo se requieran cinco casos en el mismo sentido. Para ejemplificar dicha circunstancia, se trae a colación el caso de una sentencia emitida con dicha votación por parte del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se declara inconstitucional una norma.

En el caso que los legisladores, atendiendo a su legitimación activa, deseen plantear la misma cuestión vía la acción de inconstitucionalidad, de llegarse a dicha votación, la norma declarada inconstitucional dejará de tener efectos; en tanto que si se muestra exactamente lo mismo vía un amparo en revisión, la población deberá resentir la irregularidad de dicha norma mientras el operador jurisdiccional no cambie de opinión.

Tal como lo dan a entender los juristas de referencia, dicha inconsistencia incurre en una violación a la seguridad jurídica, ya que al no existir una justificación razonable para tolerar una norma inconstitucional, entonces la población no sabe qué esperar de la función

de adjudicación de aquellos órganos competentes cuando resuelven controles de constitucionalidad en materia de derechos humanos. En todo caso, el legislador debería unificar los criterios para que un solo precedente tenga fuerza normativa obligatoria, estableciendo los mecanismos e instrumentos necesarios para que los operadores jurisdiccionales puedan ir construyendo la *ratio decidendi* del precedente que sirva como regla universal para futuras situaciones.

Conclusiones

A través de este artículo se mostró que la regulación jurídica del precedente de los controles de constitucionalidad en el caso del amparo y de la acción de inconstitucionalidad, son insuficientes para garantizar los derechos humanos toda vez que violan la seguridad jurídica en su visión material. Esto se debe a que la legislación atiende a una perspectiva positivista que impide que exista una compatibilidad por la cual se concrete la dimensión valorativa de una democracia constitucional acorde a la visión garantista de la reforma constitucional federal del 2011.

Se requiere que la legislación vigente responda a dicho paradigma garantista, donde se logre un balance entre la justificación interna y externa que realizan los órganos competentes en materia de control de constitucionalidad de derechos humanos. Dicho balance insta que se expliciten tanto la idoneidad de los argumentos como los efectos de la sentencia; en el que se establezca la consistencia con la visión de la reparación integral de los derechos humanos de los organismos internacionales jurisdiccionales.

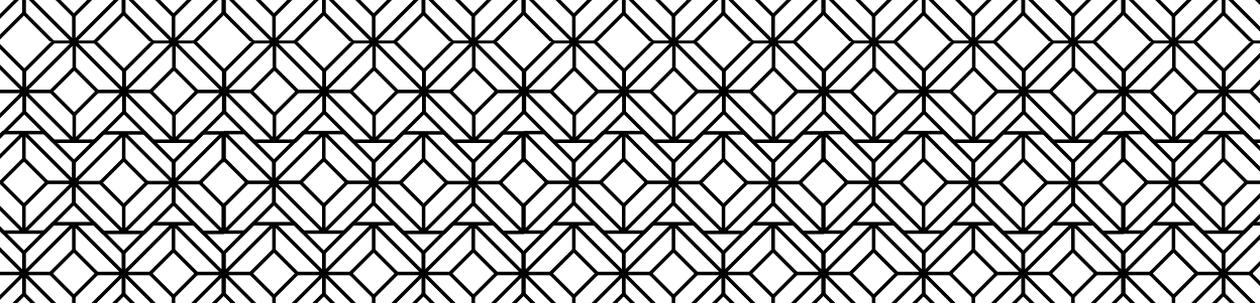
A su vez, es importante que la legislación instaure herramientas que doten de mayor solidez a los precedentes en materia de derechos humanos, al lograr que a partir de la primera resolución en la materia, se le otorgue a la interpretación de la ley la debida fuerza, a efecto que no se tolere ninguna normatividad que contravenga la Constitución o los tratados internacionales de los que México es parte.

De no lograr llevar a cabo estos cambios, toda pretensión de corrección para consolidar la democracia constitucional que tenga como base la dignidad humana será insuficiente, poniendo en riesgo

la legitimidad de las instituciones públicas y el Estado de derecho. Es importante que el Estado mexicano tome prudencia al considerar aplicar este tipo de reflexiones en su legislación. Generar condiciones suficientes y necesarias para lograr una mayor seguridad jurídica siempre dependerá de otros factores, sin embargo, una regulación *ad hoc* al contexto es algo imperativo que coadyuva a construir el camino a las libertades básicas de la población.

Bibliografía

- ATIENZA, M. (2014). *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel.
- BERNAL, C. (2015). El precedente y la ponderación. En C. Bernal, *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 105-125). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cámara de Diputados (27 de enero, 2015). Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/205_270115.pdf
- Cámara de Diputados (15 de agosto, 2018). Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf
- CAMARENA, R. (2018). La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal, *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 105-139). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- GONZÁLEZ, D. B. (2018). El autoprecedente en la jurisprudencia de tribunales de cierre: el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. B. Verástegui, *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 250-276). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- REGLA, J. A. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*.
- SCJN (19 de febrero, 2016). *Recurso de inconformidad 1020/2015*.
- SCJN (26 de mayo, 2017). *Amparo en revisión 706/2015*.



El federalismo judicial en México y la autonomía constitucional de los estados

JORGE CHAIRES ZARAGOZA

Introducción

En los últimos años se ha hablado y escrito mucho en México sobre la necesidad de crear tribunales constitucionales locales, a efecto de darle verdadero sentido a nuestro sistema federal. Los partidarios de una reivindicación del sistema federal dual, apelan a la existencia de un derecho constitucional local, habida cuenta de una supuesta libertad y soberanía de la que gozan o deberían gozar las entidades federativas.

Se dice que para que se pueda hablar de una autonomía constitucional de los estados, se requieren tres presupuestos básicos: el presupuesto material consistente en la existencia de una declaración de derechos fundamentales en las constituciones locales; un presupuesto institucional consistente en la existencia de una jurisdicción constitucional propia, es decir, un tribunal constitucional local; y, por último, un presupuesto procesal consistente en la existencia de un recurso de amparo ante su propia jurisdicción con la finalidad de salvaguardar la propia declaración de derechos fundamentales (Gavara, 2010).

No obstante, la simple asimilación de estos tres presupuestos en los ordenamientos locales, no nos conduce indefectiblemente a una verdadera autonomía constitucional local. Una reflexión más profunda nos llevaría a cuestionar, primero, si México tiene las características

para ser un Estado federal y, segundo, si las constituciones de los estados se pueden considerar, en estricto sentido, verdaderas constituciones, que justifique el contar con un derecho constitucional autónomo y, en consecuencia, con tribunales constitucionales propios.

La pretensión “romántica” de una autonomía constitucional local va más allá de un simple catálogo de normas fundamentales y de mecanismos de protección. Para que exista debe responder a una defensa de competencias originarias propias y no derivadas de la Constitución General. Una teoría constitucional debe suponer el reconocimiento de ciertos principios y valores institucionales propios de una identidad nacional, situación que los estados de la república por supuesto carecen. En todo caso, la creación de tribunales constitucionales locales se puede concebir como una instancia procesal más que terminará por ser supervisada por el máximo tribunal del país.

El objetivo del presente capítulo es reflexionar sobre dos aspectos de nuestra vida constitucional de México, en la que prácticamente no nos detenemos a pensar, porque lo consideramos como dogmas poco menos que religiosos: el federalismo y las constituciones locales. Intentaremos comprobar nuestra hipótesis en el sentido de que México no tiene las características para ser un país federal, por lo que los estados de la república no cuentan con una autonomía constitucional que justifique la creación de tribunales constitucionales locales.

Federalismo y las facultades originarias

Tocqueville (1998: 159) atribuyó el éxito del sistema federal norteamericano conformado por dos soberanías perfectamente trazadas, a un pueblo habituado desde largo tiempo a dirigir por sí mismo sus negocios, y en el cual la ciencia política había descendido hasta las últimas capas de la sociedad. Tocqueville afirmaba que el fracaso del federalismo mexicano se debía a que había copiado el modelo norteamericano sin tomar en cuenta el espíritu que lo había vivificado.

Es evidente que en 1824 el pueblo mexicano, con una tasa de analfabetismo que rondaba el 99%, no estaba habituado a dirigir por

sí solo sus negocios. A diferencia de las trece colonias norteamericanas, los mexicanos durante toda la colonia nunca creamos leyes o instituciones propias que nos gobernarán. Nunca dirigimos por nosotros mismos los asuntos públicos, mucho menos tuvimos los conocimientos mínimos de ciencia política. De acuerdo con Meyer (2007: 64), para el constituyente de 1824 no fue tarea fácil imaginar un país más homogéneo, educado, con experiencias exitosas de democracia local previa a la independencia y un movimiento autonomista mucho menos largo y costoso. Incluso, se puede decir que en la actualidad en la gran mayoría de los municipios la población no tiene los conocimientos básicos sobre sus derechos y obligaciones como ciudadanos, por lo que no está habituada a dirigir por sí misma los asuntos públicos.

Hoy en día prácticamente nadie se cuestiona que México sea una federación, ya que se piensa que es un hecho irrefutable de nuestro devenir histórico; es el ADN del pueblo mexicano, porque aparentemente refleja nuestra diversidad cultural. Sin embargo, resulta oportuno preguntarnos si realmente tenemos las características para ser un país federal que nos permita suponer la existencia de una justicia constitucional local.

La única razón para que varios pueblos decidan perder parte de su soberanía para unirse en una federación es la construcción de un Estado más grande y fuerte, que les suponga ciertos beneficios. Para Montesquieu (1987: 99), el federalismo consistía en una alianza, según la cual varios cuerpos políticos consienten en convertirse en ciudadanos de un Estado mayor que se propone formar: “Se trata de una sociedad constituida por otras sociedades y susceptible de ir aumentando en virtud de la unión de nuevos asociados”.¹

Estos pueblos si bien acuerdan unirse para crear un Estado federal, deciden conservar sus competencias originarias, a fin de preservar, dentro de lo posible, los usos, costumbres y tradiciones que les dan identidad como pueblo; este fue el caso de Estados Unidos, Canadá, Suiza, Alemania o Bélgica.

¹ “C'est une société de sociétés, qui en sont une nouvelle, qui peut s'aggrandir par de nouveaux associés qui se sont unis”, en su idioma original.

En el caso de México, la situación fue muy distinta, ya que las diferentes provincias o estados de la Nueva España no decidieron unirse a una federación para conservar competencias originarias, sencillamente porque no las tenían, sino que eran las mismas competencias en todo el territorio (salvo, por supuesto, las comunidades indígenas, las cuales no fueron consideradas para la construcción del Estado mexicano). No eran naciones independientes, sino que eran parte de una misma “nación” (que era España), con un mismo sistema de justicia, instituciones de gobierno, religión, idioma, moneda, etcétera.

El sistema de justicia fue idéntico para todos los territorios españoles en ultramar, el cual se conoció como derecho indiano. Con la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla, y como un proceso lógico, el derecho de Castilla se trasplantó de forma íntegra a ese territorio, de modo que, en un principio, las leyes e instituciones de Castilla se trataron de adaptar a la vida del Nuevo Mundo. Posteriormente, y de acuerdo con las circunstancias sociales de las Indias, muy diferentes a las de la Península, fue necesario crear leyes e instituciones para regir la vida en esas tierras, las cuales se aplicaron de manera general a todas las posesiones de América (Tomás y Valiente, 1983: 339).

El Consejo Real de Indias, con sede en la Península, era el órgano de mayor jerarquía para todos los asuntos de las Indias. Estaba directamente subordinado al monarca y servía como órgano consultivo y cuerpo legislativo de donde emanaban todas las leyes que debían regir en aquellos territorios.

El mayor órgano jurisdiccional en las tierras de las Indias fueron las Reales Audiencias, que conocían todos los asuntos civiles y criminales, “según y cómo deben y pueden conocer los oidores de las audiencias y chancillerías de Valladolid y Granada”. Sólo el Consejo Real de Indias como representante de la autoridad real estaba por encima de ellas.

Como se puede ver, no había nada que supusiera un sistema de administración e impartición de justicia original y particular en cada una de las regiones de la Nueva España, que justificara la adopción del sistema federal. Entonces, ¿por qué se decidió por un sistema federal?

El federalismo como la única respuesta al centralismo

Los constituyentes de 1824 en la edificación de una nueva nación independiente se enfrentaron a un serio dilema, que era diseñar un sistema estatal que rompiera con un pasado tirano y opresor, a la vez que se tenían que inhibir los intentos independentistas de las distintas provincias y territorios que conformaban la Nueva España (Gutiérrez, 1983: 337).

Una de las razones que nos condujeron al federalismo fue el rechazo a todo lo que hediera al antiguo régimen colonial. Se buscó un sistema que rompiera con el férreo centralismo de la Corona española (Vázquez, 1993: 621-631). Se concibió al federalismo como la antítesis del centralismo, por lo que todo lo que no fuera un sistema federal dual similar al sistema norteamericano, se consideraba centralista y, por lo tanto, era descalificado.

Las posturas de Mier (2013) o Alamán (1985) son conocidas porque consideraban que el país no estaba preparado para un sistema federal similar al de Estados Unidos, sino que más bien eran de la idea de que se debería llevar a cabo una evolución paulatina de dicho sistema; ideas que los llevaron a ser señalados como traidores a la patria por llegar a proponer medidas que no correspondían a un federalismo dual, compuesto por estados libres y soberanos.

Los federalistas, con toda razón, demandaban una mayor descentralización política, administrativa y judicial. No obstante, ello no conduce inexorablemente al federalismo y mucho menos a un federalismo dual. Para que exista debe contar con un fuerte componente histórico y cultural, el cual los estados de la república no tenían.

Todos los cargos oficiales importantes, como se sabe, eran designados desde España. Los asuntos administrativos y judiciales se tenían que llevar en las audiencias de México o de Guadalajara y, en última instancia, por el Consejo de Indias con sede en Madrid. Por lo que muchos de ellos vieron en la abdicación de los reyes de España, la oportunidad de reivindicar la soberanía del pueblo mexicano, proclamando la autodeterminación para participar directamente en los asuntos de gobierno (De la Torre, 2000: 457). Al ser relegados los criollos de los cargos más importantes, la eman-

cipación les abría la oportunidad de participar directamente en la toma de decisiones en los asuntos de gobierno en sus comunidades.

Pero también estaban aquellos quienes vieron en el federalismo la oportunidad de no responder ni rendir cuentas a nadie. Consideraron la idea federalista conformada por estados independientes, libres y soberanos, el argumento político y jurídico suficiente para constituirse en oligarcas en sus regiones. El movimiento secesionista de varias provincias, encabezado por Jalisco, no fue motivado por la defensa de competencias originarias que, como ya vimos, no las tenían, sino como defensa de los intereses económicos de los grandes terratenientes y, en su caso, para buscar una mayor descentralización para no rendir cuentas.² Rotos los lazos que unían a la Nueva España con la Corona española, los nuevos grandes hacendados vieron la oportunidad para gobernar ellos solos grandes extensiones de tierras, sin tener que pagar impuestos, rendir cuentas a alguien o crear algún mecanismo efectivo de contrapeso democrático, en donde el Congreso y el Poder Judicial locales no eran independientes, sino que siempre estuvieron sometidos a la oligarquía local. Como bien lo señala Valadés (2014), en México el sistema federal se planteó para atenuar la tradición centralizadora virreinal, pero sin construir un sistema democrático que impidiera la formación de dictaduras y cacicazgos.

Se ha querido encontrar el sustento histórico al federalismo mexicano a partir de la hipótesis de la historiadora norteamericana Benson (2012), quien pretendió encontrar el origen del sistema federal en las diputaciones provinciales de la Constitución de Cádiz, por lo que la idea de una distribución territorial de la Nueva España en pequeños reinos o provincias es, para Benson, el argumento suficiente para pensar en un sistema federal propio.³ Sin embargo, al

² Se tiene documentado que ricos e importantes hacendados, comerciantes y mineros, apoyaron con recursos económicos la independencia de México, como miembros pertenecientes a los llamados Guadalupe. Entre ellos destaca José Mariano Sardaneta y Llorente, marqués de San Juan de Rayas quien, de acuerdo con Virginia Guedea, era amigo y representante de Iturrigaray.

³ Grandes juristas mexicanos, como Jesús Reyes Heróles, Antonio Martínez Báez, Mario de la Cueva, Emilio Rabasa, Ignacio Burgoa, José Gamas Torruco, entre otros, tomaron como referencia la obra de Benson para criticar duramente los argumentos de quienes consideran que nuestro sistema federal era una copia del sistema norteamericano.

contrario de lo que afirma esta hipótesis, podemos decir que México no contaba con una historia de competencias originales que sustentara la adopción del sistema federal. Las diputaciones provinciales previstas en la Constitución de Cádiz se reduce a una división territorial, la cual no tomó en cuenta la historia, cultura y tradiciones de las regiones, sino que se debió a cuestiones económicas, administrativas, políticas o geográficas.

La división territorial de la Corona española en América en virreinos, reinos, capitanías, provincias, corregimientos, alcaldías mayores, señoríos, audiencias, etc., se hicieron desde un escritorio, tomando como base la distribución territorial de España y las condiciones geográficas y económicas de la Nueva España, con la única finalidad de colonizar y explotar el territorio, nada que implicara la defensa de competencias originarias, usos, tradiciones culturales como el idioma, religión, formas de gobierno o de justicia, que justificara la necesidad de hacer un pacto o convenio para conformar una federación. Incluso, la distribución territorial en intendencias llevada a cabo por las reformas borbónicas en 1786, que con la Constitución de Cádiz dieron pie a las diputaciones provinciales, tienen que ver con mejorar la recaudación de las rentas. Por lo que la hipótesis de Benson de que una distribución territorial de la Nueva España en pequeños reinos o provincias es el argumento suficiente para pensar en un sistema federal propio, simplemente es insuficiente.

A diferencia de Estados Unidos, nuestra historia democrática y federal inicia con las ideas liberales que se materializaron en los textos constitucionales de principio del siglo XIX. En nuestro país no hubo una evolución paulatina de instituciones y prácticas democráticas, sino que llegaron en barco, a través de los libros que traían consigo quienes tenían oportunidad de estudiar en Europa o extranjeros partidarios de la Ilustración; lo que sí hubo fue una continuidad de las prácticas despóticas y autoritarias heredadas del feudalismo español.

En tal sentido, se puede llegar a concluir que en la adopción del sistema federal en México confluyeron tres aspectos. Primero, el rechazo a las políticas centralizadoras implementados por la Corona española. En segundo lugar, las legítimas demandas de los que pedían una mayor autodeterminación y una descentralización administrati-

va. Finalmente, los intereses personales de los grandes terratenientes y caciques de la Nueva España, quienes vieron en el federalismo, compuesto por estados libres, soberanos e independientes, como el argumento perfecto para no rendir cuentas a nadie.

Federalismo como técnica constitucional

México configuró su modelo de administración e impartición de justicia sobre la base de las experiencias de otros países, con muy pocas aportaciones originales nacionales, por lo que fue muy difícil adaptarse a la realidad del pueblo mexicano. Así, por ejemplo, en el aspecto estructural se siguió el modelo de Estados Unidos, adoptando un doble sistema de tribunales: los tribunales federales y los tribunales de los estados de la república. Este modelo de tanto éxito en Estados Unidos, tuvo grandes problemas para adaptarse al sistema mexicano, lo que se entiende si tomamos en cuenta que México nunca tuvo un pacto constituyente similar al pacto de las trece colonias de Norteamérica, del que emanaría su Constitución. Por otro lado, el sometimiento del poder judicial al legislativo a través de la subordinación del juez a la ley, sin poder hacer pronunciamientos sobre los hechos, es decir, jueces considerados como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, fue adaptado de la idea del constituyente gaditano y francés.

En México se le otorgó al federalismo una condición autónoma del fenómeno histórico que lo había creado e, incluso, se le redujo a una mera técnica constitucional o un ordenamiento jurídico, por lo que se consideró que el sistema federal norteamericano bien podía ser importado y, como refiere Tena (2001: 108), utilizado por pueblos que no habían recorrido una trayectoria histórica similar a la del país vecino,⁴ ya que la conveniencia y eficacia del sistema federal para cada país no se mide conforme a las necesidades de Norteamérica, sino de acuerdo con las del país que lo hace suyo.

⁴ A pesar de que Tena inicia el capítulo VII señalando que el federalismo es ante todo un fenómeno histórico, más adelante afirma que el sistema federal se independizó del fenómeno que lo hizo aparecer, por lo que había llegado a ser una mera técnica constitucional.

Se creyó que la adaptabilidad del modelo federal norteamericano era perfectamente viable en nuestro país, porque el federalismo finalmente era un asunto jurídico o una mera técnica constitucional, que estaba supeditado al cumplimiento del contrato o pacto celebrado. Su éxito dependía del simple acatamiento de las nuevas reglas del Estado democrático de derecho y de pacto federal. También se asumió que los estados y municipios, como entes libres y soberanos, se autogobernarían, lo cual los conducirían inexorablemente a mejorar las condiciones de vida, que el centralismo de la Corona española les había arrebatado; y si el poder central no se involucraba en los asuntos internos de los estados y de los municipios, estos serían capaces de desarrollarse por sí solos, de acuerdo con las características propias de cada una de las regiones del país.

A partir de que los juristas se apropiaron del Estado (Bobbio, 1997),⁵ se concibió al Estado federal, más que como una alianza política, como un pacto de carácter jurídico reducido a un conjunto de normas plasmadas en un texto constitucional. En 1865, Proudhon (2011) le dio al federalismo un sentido eminentemente jurídico, alejado de su contexto histórico y cultural al percibirlo como un pacto o contrato.

Federación, del latín *foedus*, genitivo *foederis*, es decir, pacto, contrato, tratado, convención, alianza, etc., es un convenio por el cual uno o varios jefes de familia, municipios, grupos de municipios o Estados se obligan recíproca e igualmente los unos para con los otros, con el fin de cumplir uno o varios fines particulares que desde entonces pesan sobre los delegados de la federación de una manera especial y exclusiva (p. 255).

La doctrina constitucional mexicana contribuyó a mitificar el modelo federal desde el punto de vista jurídico, al grado de que caímos en el error de creer que el Estado –y con él la federación– podía ser estudiado sin considerar el tiempo y el lugar. Se partió de un presupuesto inadmisibles al establecer que el Estado era algo fijo, invariable e independiente de aquellas condiciones que le dieron origen (Heller, 1995: 155).

⁵ De acuerdo con Bobbio, desde que los juristas se adueñaron del concepto de Estado, su estudio debía hacerse desde los tres elementos constitutivos: pueblo, territorio y soberanía, “concepto jurídico por excelencia, elaborado por los juristas y aceptado universalmente por los escritores de derecho público” (p. 128).

Muchos son de la opinión de que si nos apegamos al pie de la letra (como simple receta de cocina) a los principios y postulados constitucionales de reparto de competencias del sistema federal dual, nuestro país no estaría pasando los problemas que ahora tiene; y que si regresamos a los principios de la soberanía de los estados y la autonomía municipal del constitucionalismo decimonónico, no sólo honraríamos a la Constitución y a los padres fundadores de la patria, sino que el sistema funcionaría taumatúrgicamente (Covarrubias, 2004). Cualquier reparto de competencias que no se apegue al sistema federal dual, lo consideran como una violación grave a los principios fundamentales del sistema constitucional mexicano, y juzgan a sus promotores como traidores a la patria que pretenden resucitar el centralismo en México.

No obstante, como lo hace ver Burdeau (1985: 202), “el federalismo no es el resultado de la aplicación estricta de un cierto número de normas o recetas; no implica tampoco la adopción de instituciones preestablecidas; procede ante todo de cierta tendencia a incluir el máximo de vida fundada en las tradiciones y los intereses locales dentro de un marco que permita satisfacer los imperativos comunes”.

En el mismo sentido, Fernández (2003) señala, siguiendo a Schener, que el Estado federal en razón de su complicada construcción y de su estrecha vinculación con las cambiantes situaciones históricas, debe siempre adaptarse a cada caso concreto. Afirma que su imagen debe ser construida más bien desde una consideración histórica-pragmática, antes que desde una teoría abstracta, ya que la estructura móvil del Estado federal requiere ser comprendida y vivida antes que ser construida teóricamente. En tal sentido, subraya que “el federalismo debe ser contemplado como un proceso dinámico y no como un proyecto estático, cualquier designio o modelo de competencias o jurisdicciones será meramente, como lo refiere Friedrich, una fase, un ensayo de cierta realidad política en constante evolución” (p. 105).

El problema cesionista que está viviendo España se ha reducido a un asunto jurídico, cuando en realidad es más un problema histórico y cultural. La judicialización de los problemas del

Estado ha llevado a que sea un tribunal (tribunal constitucional) el que determine los límites nacionalistas; no hay ley que impida a una persona el no sentirse español. El proceso independentista ha polarizado a los españoles, entre quienes defienden el Estado de derecho y los que piden que se respete la libertad de decidir (García, 2014).

El 1 de octubre de 2017, el gobierno de Cataluña llevó a cabo un referéndum, a efecto de consultar a los ciudadanos si querían la independencia de España. La votación se hizo sin ninguna garantía de validez y equidad (como reconocieron incluso los observadores internacionales invitados por los propios convocantes), y en el que participaron en gran medida los electores independentistas, lo que lógicamente aseguró un triunfo arrollador (Sánchez, 2018): el 90.18% votó por el sí y tan sólo el 7.83% por el no.

No obstante que el referéndum fue declarado ilegal por el tribunal constitucional por ir en contra de la Constitución española, el Parlamento de Cataluña proclamó de forma unilateral la independencia el 27 de octubre de 2017, con el argumento de que era la voluntad de la gran mayoría de los catalanes. El gobierno español, amparado en la Constitución, destituyó al gobierno que había dirigido el proceso de independencia, disolvió el Parlamento y convocó a elecciones regionales.

Las nuevas elecciones se llevaron a cabo el 21 de diciembre de 2017 y evidenciaron el engaño del referéndum del 1 de octubre. Las elecciones terminaron por ser de nueva cuenta un referéndum entre independentistas y constitucionalistas, con resultados muy distintos que mostraron una sociedad catalana claramente dividida. El 47.5% de los ciudadanos votaron por un partido político que apoya la independencia (2 060 361), en tanto que el 43% votaron por uno de los tres partidos que claramente se pronunciaron por el no (1 902 061).

Nadie en España duda de la ilegalidad del proceso de independencia, incluso por parte de los mismos catalanes que apoyan la independencia, sin embargo, su legitimidad todavía es objeto de debate. ¿qué hacer con los dos millones de catalanes que no quieren ser españoles?

El fracaso del federalismo judicial en México

A los pocos años de consumarse la independencia y proclamado que los estados serían independientes, libres y soberanos, comenzaron los problemas del federalismo, no sólo por las grandes dificultades que conllevaba levantar una estructura judicial desde los cimientos, sino también por los graves abusos que se estaban cometiendo en las distintas regiones del país (Vázquez y Serrano, 2012).

El informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la creación e instalación de los juzgados de distrito y tribunales de circuito en 1834, nos pone en contexto sobre la situación de la impartición de justicia en esos años (Cabrera, 1986). En dicho informe se advierte sobre los grandes problemas a los que se enfrentó la corte para su debido funcionamiento en todo el territorio nacional:

[...] había jueces pero no existían locales donde atendieran. No tenían personal por falta de recurso. Muchos eran abogados sin experiencia, pues lo únicos centros de práctica judicial habían sido las residencias de las antiguas audiencias. [...] Casi todos los abogados deseaban ocupar cargos en el centro del país y no trasladarse a los desiertos del Norte ni a las selvas tropicales. [...] En 1826, el Ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos hacía comentarios sobre la falta de candidatos para jueces federales en Coahuila y Texas, Sonora y Sinaloa, Tamaulipas, Alta California y Nuevo México. Los puestos de personal administrativo, como ahora se dice, también permanecieron vacantes por unos años. Otros jueces renunciaron rápidamente en los juzgados de Distrito de Coahuila-Texas, Nuevo León, Tamaulipas, Michoacán, Tabasco, Chihuahua y Yucatán. [...] El 29 de diciembre de 1837 la Corte tomaba nota de lo que ocurría en Tamaulipas: “En diversas comunicaciones ha manifestado aquel gobierno la paralización absoluta de la administración de justicia, por falta de tribunales y jueces de primera instancia y de letrados que poder nombrar para ello [*sic*]; y por resistirse los afectados a conocer de los asuntos judiciales a virtud de las nuevas leyes” (p. 60).

El nuevo país carecía de la estructura normativa básica que diera sustento al Estado de derecho, recogido en la Constitución de 1824. La inestabilidad política en la que se sumió el país después de consumada la independencia, impidió que se promulgaran leyes y se establecieran los debidos contrapesos democráticos. La codificación fue un proceso muy lento que no se consolidó sino hasta la década de 1870 (Cruz, 2010). Los Congresos locales no pudieron sesionar regularmente, además de que junto con el Poder Judicial se vieron sometidos a la voluntad del cacique en turno.

Las graves injusticias cometidas en los estados pronto alertó a los legisladores federales, quienes buscaron alternativas para controlar los abusos de la clase gobernante, cuidando de no vulnerar el principio federalista. Mariano Otero, en su voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, advirtió no sólo de la insubordinación de varios Congresos locales, sino también de las graves violaciones cometidas a los particulares por parte de los gobiernos de los estados, que lo llevó a proponer el juicio de amparo:

Ninguna otra cosa, señor me parece hay más urgente que esta, porque el mal lo tenemos delante, y es un mal tan grave, que amenaza de muerte las instituciones. En un tiempo vimos al Congreso general convertido en árbitro de los partidos de los estados decidir las cuestiones más importantes de su administración interior; y ahora apenas restablecida la Federación, vemos ya síntomas de la disolución, por el extremo contrario. Algunas legislaturas han suspendido las leyes de este Congreso; otra ha declarado expresamente que no se obedecerá en su territorio ninguna general que tenga por objeto alterar el estado actual de ciertos bienes; un estado anunció que iba a reasumir la soberanía de que se había desprendido; con las mejores intenciones se está formando una coalición que establecerá una Federación dentro de otra; se nos acaba de dar cuenta con la ley por la cual un estado durante ciertas circunstancias confería el poder de toda la unión a los diputados de esa coalición, y quizá se meditan ensayos todavía más desorganizadores y atentatorios. Con tales principios, la Federación es irrealizable, es un absurdo, y por eso los que la hemos sostenido constantemente, los que vemos cifras en ella las esperanzas de nuestro país, levantamos la voz para advertir el peligro.

Mas por esto mismo, y por la teoría fundamental que ya indiqué al expresar las razones por las cuales tocaba al poder general arreglar los derechos del ciudadano, es necesario declarar también que ninguno de los estados tiene poder sobre los objetos acordados por todos a la unión, y que no siendo bajo este aspecto más que partes de un todo compuesto, miembros de una gran República, en ningún caso pueden por sí mismos, en uso de su soberanía individual, tomar resolución alguna acerca de aquellos objetos, no proveer a su arreglo, más que por medio de los poderes federales, ni reclamar más que el cumplimiento de las franquicias que la Constitución les reconoce.

Los ataques dados por los poderes de los estados y por los mismos de la federación a los particulares, cuentan entre nosotros por desgracia numerosos ejemplares, para que no sea sobremana urgente acompañar el restablecimiento de la Federación con una garantía suficiente para asegurar que no se repetirán más. Esta garantía sólo puede encontrarse en el Poder Judicial, protector nato de los derechos de los particulares, y por esta razón él sólo conveniente (Otero, 2019: 297).

En los debates del constituyente de 1857 se pueden leer los argumentos que lo llevaron a implementar el juicio de amparo. El diputado Mata señaló: “Es necesario que los ciudadanos de los estados, que los son de la República, encuentren amparo en la autoridad federal contra las autoridades de los mismos estados cuando atropellen las garantías individuales o violen la Constitución” (Zarco, 1956: 994). Como se sabe, en la Constitución de 1857 se estableció el juicio de amparo como un mecanismo de control contra los abusos de la autoridad, incluidas la locales. En el artículo 101 se dispuso que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad (federal o local) que violen las garantías individuales.

Dentro de un federalismo dual en donde se respeten los postulados constitucionales de una federación compuesta de estados libres y soberanos, son estos a quienes les correspondería establecer los mecanismos de control (Serna, 2008: 263). Sin embargo, los constantes abusos y arbitrariedades cometidas por las autoridades de los tres

niveles de gobierno, sobre todo a nivel local, llevó al constituyente mexicano a crear la institución del juicio de amparo y una autoridad federal (juez de distrito), como responsable para vigilar el respeto a las garantías individuales consagradas por la Constitución federal (Fix-Zamudio, 2005: 124-125).

La incapacidad de los Congresos locales para emitirse leyes ha sido una constante durante toda nuestra historia, por lo que se han tenido que promulgar leyes de carácter general, no sólo para homologar y unificar criterios en todo el país, sino para cubrir los vacíos legislativos en las entidades federativas. Tanto la Ley Federal del Trabajo como el Código de Comercio de aplicación en todo el país, son el claro ejemplo de la incapacidad de los estados para establecer sus propias leyes.

La autonomía constitucional de los estados de la república

Se dice que una característica propia de los estados miembros de una federación es que disponen de autonomía constitucional, es decir, el derecho de tener una constitución propia de contenido distinto al de la Constitución federal (Nettesheim y Quarthal, 2011). No obstante, habrá que preguntarnos primero si las constituciones de los estados son efectivas. El tema, de igual manera, es inexplorable en nuestro país porque parece ser una obviedad: los estados de la república, como entidades libres y soberanas, deben contar con una constitución propia que los legitime.

Tomamos como base para esta reflexión el trabajo de Martí (2002), para quien las constituciones locales no lo son en sentido estricto, sino que más bien se trata de una ley reglamentaria de algunos apartados de la Constitución General de la República que guarda una posición de jerarquía, principalmente en relación con la organización de los poderes estatales.

La autora después de hacer un breve análisis respecto al concepto de soberanía y de la Constitución, llega a concluir que

del mismo modo que por inercia legislativa o por retórica se plasmó en la Constitución General, que los estados son libres y soberanos, y esa noción se repite en cada una de las Constituciones estatales, cuando en realidad el atributo que les corresponde es el de autonomía, por motivos semejantes se continúa denominando Constitución a un ordenamiento que no reúne ninguna de las características que ese concepto exige. En resumen las entidades federativas son calificadas de soberanas sin serlo y las Constituciones estatales no llegan a tener ese carácter a pesar de que reciben tal denominación (pp. 658-659).

El querer afirmar si las constituciones de los estados pueden llegar a considerarse como tales no es un tema menor, porque ello nos puede conducir no sólo a definirnos por una justicia constitucional local, sino a una redefinición y reconfiguración de la misma estructura del Estado mexicano. Es decir, el problema no es tan sólo semántico, si podemos hablar de constituciones en estricto sentido o, por el contrario, de una ley reglamentaria o estatuto de gobierno. Hablar de un constitucionalismo local supone una autonomía constitucional, que implica una teoría constitucional, una justicia o un derecho constitucional, así como mecanismos de defensa constitucional propios.

En Estados Unidos se puede hablar de una autonomía constitucional, a partir de que cada una de las trece colonias comenzaron a conformar un sistema de gobierno propio, ciertos derechos ciudadanos y mecanismos para su protección, lo cual comenzó a estructurarse desde el momento en que llegaron a América. Diferentes cartas o documentos dan cuenta de cómo los propios colonos nombraban a sus gobernantes y decidían la forma en que se debería gobernar, incluso desde antes de que desembarcaran en América, como sucedió con el famoso pacto de Mayflower, firmado el 21 de noviembre de 1620 por cuarenta y un peregrinos adultos que venían a bordo. En el documento se encuentran elementos embrionarios de un pacto social y ciertos principios semidemocráticos, que sentaron las bases para la edificación del sistema de autogobierno de los primeros habitantes asentados en Massachusetts. Otro documento que explica el autogobierno de las trece colonias, es la cédula otorgada por Isabel I a sir Walter Raleigh el 25 de marzo de 1585, en donde se dispone:

Y otorgamos y garantizamos a dicho Walter Raleigh que en dichas remotas tierras, tendrá la más plena y alta autoridad para corregir, castigar, perdonar, gobernar y dirigir, de acuerdo a su buen discernimiento y sagacidad tanto en causa capitales o criminales como civiles [...], siempre y cuando dichos estatutos, leyes y ordenanzas sean, en el mayor grado posible, cercanos y conforme a las leyes, estatutos, gobierno y política de Inglaterra.

De igual manera, en la cédula de Jacobo I otorgada a Virginia el 10 de abril de 1606, se concede cierta libertad para gobernar:

Y ordenamos, establecemos y aceptamos, asimismo, en nuestro nombre [...], que cada una de dichas colonias, establezcan un consejo que gobierne y ordene en todas la materias y causas que pudiese surgir, desarrollarse u ocurrir, dentro de los límites de las distintas colonias, conforme a las leyes, ordenanzas e instrucciones, que para esos fines otorgamos y firmamos [...]; que cada uno de dichos consejos se compondrá de trece personas, elegidas, establecidas y removidas de cuando, en cuando conforme se señala e incluya en las mismas instrucciones [...].

Virginia creó la House of Burgesses (Cámara de los Ciudadanos o Cámara de Burgueses) en 1619, como un gobierno electo de la colonia formada por el gobernador, un Consejo de Estado y dos representantes elegidos por cada asociación y plantación, la cual es considerada por algunos como la primera Asamblea Legislativa del Nuevo Mundo. En Connecticut en 1639 se instaló la Corte General, un órgano colegiado compuesto por hombres libres para dictar leyes y reglas para su autogobierno, conocidas como Ordenanzas Fundamentales de Connecticut. En tanto que en Pennsylvania, Willian Penn promulgó en 1682 lo que se conoce como “marco de gobierno”, un tipo de estatuto o Constitución en donde se fijan las bases para un gobierno colegiado, además de prever la existencia de una Asamblea Provincial compuesta por el gobernador y 72 hombres “libres” de la provincia (*freemen of the said province*), responsable de elaborar todas las leyes y elegir a los funcionarios de gobierno (Rey, 2002).

New Hampshire fue la primera colonia en promulgar su Constitución el 5 de enero de 1776, casi diez años antes de la Constitución de los Estados Unidos (1787). En el preámbulo se puede leer:

Se vota que este Congreso forme un gobierno civil para esta colonia en la manera y forma que sigue, a saber.

Nosotros, los miembros del Congreso de New Hampshire, elegidos y nombrados por libre sufragio del pueblo de dicha colonia, y autorizados y facultados por él para reunirse y utilizar los medios y aplicar las medidas que consideremos más adecuadas para el bien público, y en particular para establecer una forma de gobierno, siempre que el Congreso Continental recomiende tales medidas [y] habiéndonos transmitido por dicho Congreso una recomendación a tal fin.

El 26 de marzo se promulgó la Constitución de Carolina del Sur y tres semanas más tarde, el 15 de abril, el denominado como Congreso de Georgia aprobó las Rules and Regulations of the Colony of Georgia como su texto constitucional provisional. Dos meses después (12 de junio de 1776) se dictó la Declaración de Derechos de Virginia, en donde se encuentran elementos que refieren a las teorías del derecho natural, soberanía popular o democracia de John Locke o Montesquieu (Dippel, 2010: 27). En tanto que en la Constitución de Vermont, promulgada en 1777, se estableció un amplio catálogo de libertades y derechos ciudadanos.

Algunas colonias establecieron mecanismos de defensa de la Constitución a través de Consejos de Censores, conformado por dos representantes por cada ciudad o condado (Pennsylvania y Vermont), o un Consejo de Revisión integrado por el gobernador, el canciller y jueces del tribunal supremo (Nueva York). Otros adoptaron el modelo del *judicial review of legislation*, que sirvieron de precedente para el control difuso de la Constitución estadounidense: Commonwealth vs. Caton (Virginia 1782), Trevett vs. Weeden (Rhode Island 1786), Bayard vs. Singleton (Carolina del Norte 1787) (Blanco, 1994: 122 y ss.).

Como bien lo hace ver Tejera (2005), con estos documentos se creó desde temprana fecha un sistema de autogobierno parlamentario, así como de gobiernos provinciales y locales en la vieja tradición

inglesa. Cabe destacar que la independencia de las trece colonias con Inglaterra, no significó un rompimiento de la vida institucional de las colonias, sino que representó más bien una adaptación de sus instituciones y leyes preconstitucionales o semiconstitucionales a las nuevas reglas del Estado constitucional. Incluso, como se sabe, algunas colonias promulgaron su propia Constitución antes de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, las cuales sirvieron de inspiración para la Constitución de los Estados Unidos. En ellas se fijaron las bases para un gobierno sujeto a los pesos y contrapesos, se reconocen ciertas libertades y derechos ciudadanos, así como algunos mecanismos de defensa de la constitución que sentaron las bases para la *judicial review of legislation* del sistema norteamericano.

Conclusiones

En los últimos años hemos sido testigos, quizá más que nunca, de una tendencia unificadora de nuestro sistema de reparto de competencias (Sistema Nacional de Seguridad Pública, Sistema Acusatorio Penal, Sistema Nacional de Evaluación Educativa, Instituto Nacional Electoral, Sistema Nacional de Transparencia, Sistema Nacional de Fiscalización, Sistema Nacional Anticorrupción, entre otros).

Esta transformación o adaptación (para muchos desviación o degeneración) del federalismo en nuestro país tiene una razón de ser muy concreta, que es la incapacidad de los estados y municipios para hacerse cargo de las atribuciones que constitucionalmente le fueron conferidas; los recientes casos de corrupción de muchos de los gobernadores y presidentes municipales lo evidencian.

Nuestro sistema federal ha evolucionado y se ha ido adaptando a la realidad del país, en un proceso de ensayo y error (mal haría si no). Aunque muchos piden, más con nostalgia que con razón, el volver al federalismo dual decimonónico para restablecer un esquema en donde el reparto de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos estatales y municipales están perfectamente definidas y separadas (Gamas, 2001: 30). No obstante, ello resulta ser una quimera que no se ajusta a nuestra realidad actual (modelo que por cierto ya ni Estados Unidos sigue).

Los defensores del federalismo son partidarios de que los estados cuenten con tribunales constitucionales, lo que implicaría el reconocimiento de una autonomía constitucional y, con ello, una supuesta justicia constitucional propia. Sin embargo, los estados en México históricamente no cuentan con esa autonomía constitucional, como sí la tienen otros países por dos razones concretas. Primero, México no tiene las características para ser un país federal con estados libres y soberanos como erróneamente reza nuestra Constitución. No existe una cultura federal de autogobierno de los estados. Nunca se han podido consolidar los principios democráticos, con poderes legislativos y judicial independientes que sirvieran de contrapeso al poder ejecutivo local.

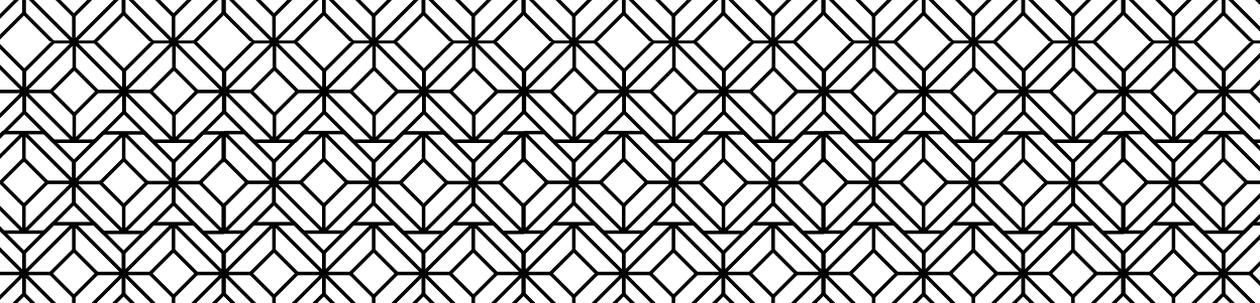
Segundo, las constituciones de los estados en estricto sentido no son constituciones. Para que un estado pueda contar con una y, por consiguiente, con tribunales constitucionales que la defiendan, debe reconocerse la existencia de una teoría constitucional propia que caracterice su identidad nacional, en donde se refleje una estructura de gobierno y un sistema de derechos fundamentales resultado de su devenir histórico, diferente a los demás estados de la república.

Bibliografía

- ALAMÁN, L. (1985). *Historia de México* (t. 1). Ciudad de México: FCE.
- BENSON, N. (2012). *La diputación provincial y el federalismo mexicano*. Ciudad de México: El Colegio de México.
- BLANCO, R. (1994). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.
- BOBBIO, N. (1997). *Diccionario de política*. Madrid: Siglo XXI.
- BURDEAU, G. (1985). *Tratado de ciencia política*. Ciudad de México: UNAM.
- CABRERA, L. (1986). Orígenes y primeros años de la Suprema Corte de Justicia. En Poder Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia. Sus orígenes y primeros años: 1808-1847*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- CHÁVEZ, M. (1990). *Evolución del juicio de amparo y del poder judicial federal mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.

- COVARRUBIAS, J. (2004). *La autonomía municipal en México*. Ciudad de México: Porrúa.
- CRUZ, O. (2010). *La codificación en México*. Ciudad de México: Porrúa.
- DE LA TORRE, E. (2000). La sociedad secreta de los Guadalupe. En *Temas de la insurgencia*. Ciudad de México: UNAM.
- DIPPEL, H. (2010). El concepto de Constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776). Traducción del inglés de A. Arias. *Fundamentos*, 6.
- FERNÁNDEZ, F. (2002). Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina. Federalismo y regionalismo. En J. M. Serna (coord.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: IJ, UNAM.
- FIX-ZAMUDIO, H. (2005). El Poder Judicial en la Constitución Federal de 1824. En D. Valadés y D. Barceló (coords.), *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*. Ciudad de México: UNAM.
- GAMAS, J. (2001). Federalismo fiscal. En D. Valadés y R. Gutiérrez (coords.), *Economía y constitución*. México: UNAM.
- GARCÍA J. (2014). *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Madrid: Aranzadi.
- GAVARA, J. C. (2010). Los derechos en las constituciones de los Länder. En J. C. Gavara (coord.), *Los derechos como principios objetivos en los estados compuestos*. Barcelona: Librería Bosch.
- GUTIÉRREZ, S. (1983). El federalismo mexicano y la coordinación intergubernamental. *Revista de Administración Pública*, (54).
- HELLER, H. (1995). *La soberanía. Contribuciones a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Ciudad de México: FCE.
- MARTÍ, L. (2002). Las constituciones locales en el sistema federal mexicano ¿son verdaderas constituciones? En J. M. Serna (coord.), *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ciudad de México: IJ, UNAM.
- MEYER, C. E. (2007). *México en tres momentos: 1810-1910-210. Hacia la conmemoración del Bicentenario de la Independencia y del Centenario de la Revolución Mexicana. Retos y perspectivas*. Ciudad de México: UNAM.
- MIER, S. (2013). Profecía del doctor Mier sobre la Federación Mexicana. En *La revolución y la fe. Una antología general*. Ciudad de México: UNAM-FLM-FCE.
- MONTESQUIEU (1993). *Del espíritu de las leyes*. Barcelona: Altaya.

- NETTESHEIM M. y Quarthal, B. (2011). La reforma constitucional de los Länder. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 151.
- OTERO, M. (2019). *Obras completas de Mariano Otero. Legado jurídico, político y diplomático*. México: Cámara de Diputados.
- PROUDHON, P. (2011). *Escritos federalistas*. Madrid: Ediciones Akal.
- REY, F. (2002). *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo. La impronta calvinista en el constitucionalismo norteamericano*. España: Congreso de los Diputados.
- SÁNCHEZ, J. A. (2018). *Cataluña: paisaje después de la batalla. Cuestione europea. Fondation Robert Schuman*. Recuperado de <https://www.robert-schuman.eu/es/cuestiones-europeas/0458-cataluna-el-paisaje-tras-la-batalla>
- SERNA, J. M. (2008). *El sistema federalismo mexicano*. Ciudad de México: UNAM.
- SOBERANES, F. (1995). La reforma judicial de 1994. *Crónica Legislativa* (nueva época), año IV, 2.
- TEJERA, E. (2005). *Causas de dos Américas: Modelo de conquista y colonización hispano e inglés en el Nuevo Mundo*. Madrid: Dykinson.
- TENA, F. (2001). *Derecho constitucional mexicano*. Ciudad de México: Porrúa.
- TOCQUEVILLE, A. (1998). *La democracia en América*. Ciudad de México: FCE.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1983). *Manual de historia de derecho*. Madrid: Tecnos.
- VALADÉS, D. (2014). Federalismo centralizado. *Hechos y Derechos*, 21.
- VÁZQUEZ, J. (1993). Un viejo tema: el federalismo y el centralismo. *Historia Mexicana*, 42 (3).
- VÁZQUEZ, J. y Serrano, J. A. (2012). *Práctica y fracaso del primer federalismo mexicano (1823- 1835)*. Ciudad de México: El Colegio de México.
- ZARCO, F. (1956). *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*. Ciudad de México: El Colegio de México.



La prohibición de automatismos legislativos: entre desarrollos jurisprudenciales y nuevos paradigmas jurídicos

RICCARDO PERONA¹

Introducción

El objeto de este capítulo es una particular *doctrine* de la Corte Constitucional italiana, que se puede resumir en la fórmula “prohibición de automatismos legislativos”, y de las cuestiones que plantea en el marco de discusiones de teoría y doctrina jurídica muy actuales en Europa y en Latinoamérica. De hecho, la mencionada jurisprudencia, no demasiado conocida en el extranjero, abre espacios a juicios de equidad por parte del juez en cada caso concreto, incluso derogando a la ley positiva. De esta forma, los pronunciamientos de la Corte se ponen como ejemplo, en términos casi sin equivalentes, de superación del paradigma legislativo tradicional.

Sin pretender examinar el tema en todas sus implicaciones, el objetivo del presente trabajo es presentar las líneas generales de la materia, para que diferentes especialistas, no sólo nacionales, puedan ofrecer importantes reflexiones “desde afuera” sobre la cuestión.

¹ Agradezco a Esteban Camilo Gaviria Rodríguez su ayuda en la versión en español. Las traducciones de textos italianos que se ofrecen son del autor.

En tal sentido, se definen preliminarmente las características generales de tal *doctrine*, se propone un ejemplo de la misma, para abordar luego, brevemente, sus posibles consecuencias teóricas.

La *doctrine* de la prohibición de los automatismos legislativos

Este concepto, hay que precisar, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional italiana dentro del más amplio principio de razonabilidad, así como entendido por la misma Corte. Este último es, a su vez, un principio extremadamente complejo y compuesto por varias figuras (Zagrebelsky y Marcenò, 2012; Luther, 1997; Modugno, 2007; Morrone, 2001). Algunas tienen carácter más lógico y, podríamos también decir, “científico”, como por ejemplo la razonabilidad entendida como no contradicción entre dos reglas. Otras, en cambio, tienen un carácter más prudencial.

A la segunda categoría pertenece la llamada intrínseca razonabilidad, cuyo nombre se justifica en razón del hecho de ser evaluada por la Corte en relación con cada regla legal individualmente y no en comparación con otras normas (para averiguar una contradicción). En otras palabras, la Corte juzga si al regularizar el caso al que se refiere, la regla misma responde a una *ratio* adecuada. Eso ocurre, en particular, en cuanto la norma no vaya a perseguir de manera excesiva algunos intereses, comprimiendo otros que, en cambio, al interpretar el caso concreto a la luz de los principios constitucionales, no deberían ser descuidados.

La prohibición de automatismos legislativos constituye, precisamente, una de las acepciones de razonabilidad intrínseca. Con el automatismo legislativo, la Corte plantea una hipótesis de regla que vincule sin derogas ni excepciones una cierta consecuencia jurídica a un hecho jurídico. Eso, en general, no es necesariamente irrazonable y, por lo tanto, inconstitucional; sin embargo, una ilegítima irrazonabilidad del automatismo ocurre en cuanto la regla considere como premisa de su disciplina una categoría de hechos demasiado amplia, en la cual, entonces, recaen también situaciones particulares que, por su especificidad, requerirían una regulación más específica y atenta, ya que la general no resulta adecuada.

Ejemplos de automatismos inconstitucionales

Las presunciones irrefutables

El siguiente ejemplo puede servirnos para aclarar el concepto. Una típica hipótesis de automatismo son las presunciones legales irrefutables o *iuris et de iure*, es decir, las consecuencias que la ley deduce de un hecho conocido para remontarse a un hecho desconocido, disponiendo que se tenga que considerar este último efectivo, sin posibilidad de prueba en contrario.

Por ejemplo, la ley italiana presumía, sin admitir excepciones, que la renta de alguna persona condenada por algunos delitos de criminalidad organizada fuera considerada superior al umbral previsto para la admisión a la defensa a cargo del Estado. La Corte, sin embargo, consideró que presunciones de este tipo se traducen en irrazonable automatismo,

especialmente en cuanto limiten a un derecho fundamental de la persona, [...] si son arbitrarias e irracionales, es decir si no responden a datos de experiencia generalizados, resumidos en la fórmula del *id quod plerumque accidit* [...]. En particular, [...] la irrazonabilidad de la presunción irrefutable se puede detectar cada vez que sea 'fácil' formular hipótesis de acontecimientos reales contrarios a la generalización en la que se basa la misma presunción (Corte Constitucional de Italia, sentencia 139/2010 y otras).

En esta hipótesis, la solución técnica adoptada por la Corte consiste en convertir la presunción irrefutable en una presunción *iuris tantum*, introduciendo la posibilidad de prueba en contrario.

El caso del artículo 569 del Código Penal

Otro ejemplo concreto de casos en los cuales la Corte declaró inconstitucionales los automatismos legislativos, se puede brindar tomando en consideración las vicisitudes constitucionales del artículo 569 del Código Penal italiano. En virtud de ese artículo, la persona condenada

por delitos contra el estatus familiar se ve automáticamente decomisada de su autoridad parental. Sin embargo, de acuerdo con los jueces que impugnan esta disposición ante el Tribunal Constitucional, aunque el objetivo de la norma sea proteger a las personas menores de edad, en algunos casos particulares este objetivo se podría lograr de una manera más eficaz manteniendo, y no quitando, la autoridad parental a los padres condenados; de esa forma, prever que esa autoridad se pierda siempre y en todos los casos, se puede convertir más bien en un perjuicio para el menor. Por lo tanto, lo que ocurre es un caso de automatismo, así como lo describimos anteriormente: la norma no es irrazonable en todos los aspectos, pero sí en algunos de sus resultados.

El asunto de constitucionalidad del artículo 569 del Código Penal se remitió a la Corte Constitucional por primera vez en el año 1988, pero en esa circunstancia los jueces rechazaron la cuestión confirmando la norma (Corte Constitucional de Italia, sentencia 723/1988). En cambio, en dos ocasiones más recientes, la Corte revocó su decisión, modificó su jurisprudencia y declaró la inconstitucionalidad del artículo 569.

La primera decisión relevante es la sentencia 31/2012, en la que se afirma que la norma es inconstitucional en la medida en que implica que el padre que haya sido condenado por la alteración del estado civil de un menor (uno de los crímenes contra el estatus familiar) pierde *de iure* su autoridad paterna, “lo que impide al juez todas las posibilidades de considerar el interés de la menor en el caso concreto” (sobre este fallo consúltese Federici, 2012; Mantovani, 2012; Felicetti y San Giorgio, 2012; Di Chiara, 2012; Larizza, 2012; Chicco, 2012).

El razonamiento que lleva a cabo la Corte puede resumirse de la siguiente manera:

- El concepto de autoridad parental está estrechamente ligado a la protección de los intereses de los menores, por lo tanto está involucrado al discutir sobre una norma que establece el decomiso de la autoridad misma.
- El interés del menor es “complejo” y está protegido a nivel internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989; Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, Estrasburgo, 25 de enero de 1996; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), así como en la ley nacional (reforma de la Ley Familiar, Ley de Adopción).

- El rígido automatismo proporcionado por la norma escudriñada impide irracionalmente la posibilidad de considerar tal interés en el caso concreto, verificando si el decomiso de la autoridad parental proteja efectivamente al menor o, en la hipótesis particular, le acarree perjuicios.

A la luz de este razonamiento, la Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 569 por ser el mismo violatorio del art. 3 de la Constitución. Sin embargo, como esta decisión consideraba y eliminaba del ordenamiento sólo la parte del artículo 569 en la que el mismo se refiere, entre los varios delitos contra el estatus familiar, al delito de alteración de estado civil, la doctrina, después del fallo, de inmediato afirmó que la Corte, muy probablemente, iba a pronunciar otras declaraciones de inconstitucionalidad referidas a los demás delitos contra el estatus familiar (Larizza, 2012; Chicco, 2012).

Esto ha sucedido, hasta ahora, con el segundo fallo que consideramos (sentencia 7/2013), que extiende la declaración de inconstitucionalidad al art. 569 con respecto al crimen de supresión del estado familiar (Manes, 2013; Di Chaira, 2013; Larizza, 2013; Pittaro, 2013).

Sin embargo, aunque la decisión de la Corte sea precisamente la misma del fallo anterior, ya que declara inconstitucional la norma en la medida en que “impide al juez toda posibilidad de considerar el interés de la persona menor en el caso concreto”, la argumentación que la Corte lleva a cabo no refleja exactamente la sentencia 31/2012.

De hecho, en este segundo fallo son dos las normas constitucionales que se consideran violadas:

- a. La primera norma es, como en el juicio anterior, el art. 3 de la Constitución: al respecto, la Corte expresamente se refiere a la *ratio decidendi* del fallo anterior (sentencia 31/2012), y lo extiende al nuevo caso, afirmando que el automatismo es irrazonable en la medida en que viola, en algunas hipótesis, el interés de la menor.
- b. La segunda norma constitucional invocada es el art. 117, apartado 1 de la Constitución, el cual impone que la ley se conforme a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Al respecto, afirma la Corte que el artículo 569 del Código Penal se

encuentre en violación de aquellas normas internacionales que protegen el interés de los menores edad, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989) y el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996), ya mencionados en el fallo de 2012, así como las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una Justicia Adapta a los Niños (17 de noviembre de 2010, 1098ª sesión de los Diputados de los Ministros).

El caso del artículo 275 del Código Procesal Penal

Unos ejemplos ulteriores se pueden ofrecer considerando unas cuantas sentencias de la Corte que declararon ilegítimo un artículo del Código Procesal Penal italiano, precisamente por el hecho de contemplar un irrazonable automatismo. Según esta disposición, es decir el artículo 275, apartado 3, del código mencionado, “cuando se hayan graves indicios de culpabilidad en relación” a determinados delitos “se aplica la prisión preventiva en la cárcel, excepto si se hayan elementos adquiridos por los cuales resulte la ausencia de exigencias cautelares”.

En la opinión de la Corte Constitucional, eso significa que la ley pone una presunción absoluta de suficiencia de la sola detención en la cárcel, o sea de la medida cautelar más grave previstas por el ordenamiento, para quienes sean acusados de haber cometido determinados delitos. Esa presunción no es totalmente ilegítima en sí misma, más bien, como se refiere a muchos y disparatados delitos, la presunción absoluta puede convertirse en irrazonable con referencia a algunos de ellos. De esta manera, la Corte ha considerado que determinados delitos de mafia conciernen a conductas y situaciones suficientemente unívocas para justificar sin excepciones la prisión preventiva. Otros delitos, en cambio, como el homicidio voluntario, no siempre la justifican, porque pueden ocurrir en contextos diferentes, que no siempre imponen la adopción de la medida más grave; por esto muchas sentencias han añadido la posibilidad de una valoración del caso concreto por parte del juez, que podrá aplicar medidas más tenues si se consideran más adecuadas a la situación.

También en estos casos la Corte habla de una transformación de una presunción absoluta en relativa. Sin embargo, para ser más precisos, estas sentencias no censuran de una manera estrictamente técnica una “presunción”. Esta última sería en efecto, en sentido propio, la presunción de un hecho, mientras que en los casos aquí considerados la Corte interviene en la que, en sus mismas palabras, es una presunción de adecuación del trato jurídico, establecido por el legislador, en el caso concreto. No obstante, esto permite considerar, de una medida aún mejor, cómo el escrutinio de un automatismo implica una evaluación de proporcionalidad e intrínseca razonabilidad de la discrecionalidad del legislador en el sentido indicado anteriormente.

Las consecuencias teóricas

La existencia de *doctrines*, como la abordada, tiene consecuencias teóricas que son muy relevantes y han sido señaladas por la literatura (Zagrebelsky y Marcenò, 2012: 209 y ss.). Como bien se entiende, la prohibición de automatismos se plantea como prohibición de normas “imprudentes” en cuanto irrespetuosas de la pluralidad de los casos, que se pretenden corregir apelándose a la prudencia del juez, árbitro de los casos.

En este sentido, realmente estamos en presencia de transformaciones significativas de la manera tradicional de entender al derecho (Zagrebelsky y Marcenò, 2012: 209). El paradigma moderno presentaba una concepción del ordenamiento como producto de la ley positiva, que tenía que ser precisa, general y abstracta (Bobbio, 2012: 5 y ss.). Ahora, precisamente esta tipología de ley, tradicionalmente considerada la mejor, es declarada inconstitucional si es *demasiado* precisa, general y abstracta. A la rigidez de la regla se sustituye la flexibilidad del principio, para adoptar la tradicional distinción entre estos tipos de normas (Dworkin, 1977; Alexy, 1985; Zagrebelsky, 1992; Zagrebelsky, 2008; Poscher, 2011). En términos aristotélicos, eso significa abrir las puertas a un juicio de equidad, concepto que el filósofo define como “corrección de la ley, cuando sea defectuosa por su propia universalidad”.

Las implicaciones, entonces, son muy notables. Esta jurisprudencia, como es evidente, resalta en el marco de los conocidos debates sobre las aspiraciones sustancialistas, apreciadas por unos autores y rechazadas por otros, del derecho contemporáneo. Además, un ejemplo tan claro y explícito de superación del paradigma tradicional raramente se encuentra: en cambio, hay ordenamientos que, en vez de declarar la inconstitucionalidad de una ley demasiado precisa, consideran máximamente inconstitucional la ley imprecisa, como en el caso del *Bestimmtheitsgebot* (obligación de precisión) en Alemania (Middelschulte, 2007).

Además, sentencias como las que se mencionaron resaltan en consideración del espacio discrecional que abren al juez, en consecuencia del considerado carácter inadecuado de la ley general frente a las exigencias del caso concreto.

Todo esto sugiere reflexiones. En particular, hay que considerar si, a la luz de desarrollos como este, es inevitable que el derecho de hoy y los estudios jurídicos se abran a enfoques de “casuística”, o si en cambio sea todavía posible desarrollar la “ciencia” y la dogmática jurídica.

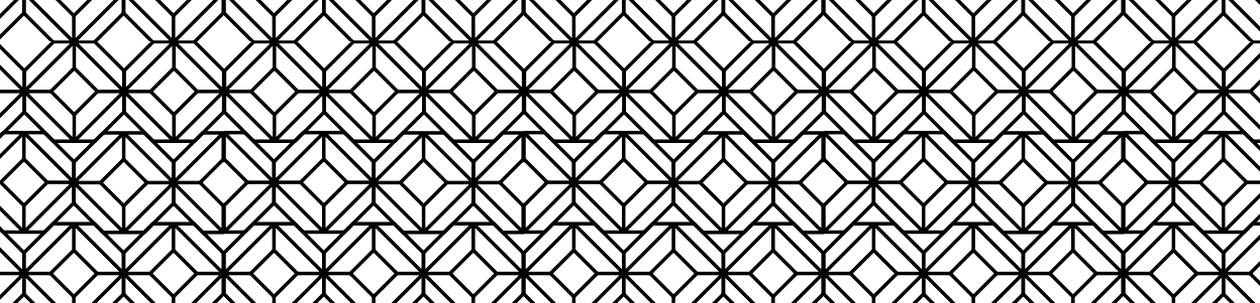
En mi opinión, un enfoque técnico-científico sigue siendo esencial. El rigor científico, de hecho, es uno de los legados más importantes de nuestra tradición jurídica y un relevante instrumento de seguridad (justicia). Lo anterior, además, se conecta profundamente a otro tema, cuya importancia se torna más evidente a medida que el derecho adquiere mayor pluralidad: la posición del juez y de la formación de su *forma mentis*, inevitablemente vinculada al desarrollo doctrinal del derecho.

En este sentido, el importante desarrollo jurisprudencial del derecho no tiene que considerarse necesariamente incompatible con el desarrollo científico del sistema; en otros términos, la consideración del caso y del derecho objetivo no tienen que ser separadas, ya que, como se suele decir en otras disciplinas, ciencia (sistema) y conciencia (casuística) tienen que considerarse al mismo tiempo. Frente a los progresos del derecho viviente, los juristas están inevitablemente obligados a reflexionar en torno a la cultura jurídica actual.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1985). *Theorie der Grundrechte*. Fráncfort: Suhrkamp.
- BOBBIO, N. (2012). *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- CHICCO, D. (2012). Se proteggere un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale. *Famiglia e diritto*, v.
- DI CHIARA, G. (2012). Alterazione di stato e decadenza dalla potestà dei genitori. *Diritto penale e processo*, IV.
- DI CHIARA, G. (2013). Soppressione di stato, perdita di diritto della potestà dei genitori e irragionevoli automatismi. *Diritto penale e processo*, 4.
- DWORKIN, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- FEDERICI, M. A. (2012). Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale. *Giurisprudenza italiana*, VIII-IX.
- FELICETTI, S. y San Giorgio, M. R. (2012). Reato di alterazione di stato e perdita automatica della potestà genitoriale. *Corriere giuridico*, IV.
- LARIZZA, S. (2012). Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori. *Diritto penale e processo*, v.
- LARIZZA, S. (2013). Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori. *Diritto penale e processo*, v.
- LUTHER, J. (1997). Ragionevolezza (delle leggi). En *Digesto delle discipline pubblicistiche* (t. XII). Torino: utet.
- MANES, V. (2013). La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.). *Diritto penale contemporaneo*.
- MANTOVANI, M. (2012). La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'Art. 569 c.p. *Giurisprudenza costituzionale*.
- MIDDELSCHULTE, C. (2007). *Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot*. Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Verwendung sprachlich offener Gesetzesformulierungen. Hamburgo: Verlag Dr. Kovač.
- MODUGNO, F. (2007). *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- MORRONE, A. (2001). *Il custode della ragionevolezza*. Milán: Giuffrè.

- PITTARO, P. (2013). La condanna per il reato di soppressione di stato non può comportare automaticamente la perdita della potestà genitoriale, dovendosi valutare le esigenze del minore nel caso concreto. *Famiglia e diritto*, 3.
- POSCHER, R. (2011). The Principles Theory: How Many Theories and What is Their Merit? En M. Klatt, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press.
- ZAGREBELSKY, G. (1992). *Il diritto mite*. Turín: Einaudi.
- ZAGREBELSKY, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino.
- ZAGREBELSKY, G. y Marcenò, V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.



El juez constitucional frente al rezago histórico de los derechos humanos socioeconómicos

RAÚL PADILLA PADILLA

Introducción

El neoconstitucionalismo, como teoría jurídica que describe un fenómeno procesal que se ha venido consolidando desde el periodo de posguerra de la Segunda Guerra Mundial, sitúa a la Constitución y al juez constitucional en un plano de suma importancia. En una nueva concepción de la Constitución y su consecuente activismo judicial en un Estado de corte neoconstitucional, es necesario replantear el papel de los juzgadores, sobre todo a la luz de la realidad normativa y material que atañe a ciertos contenidos normativos de la carta magna, ya que no todos han logrado su plena efectividad, como verbigracia históricamente no se ha dado igual peso a todos los derechos humanos.

El presente capítulo pretende reflexionar sobre la posición del juez constitucional en un régimen donde se le concibe como garante de la Constitución y, por ende, como aplicador directo de la misma, pero partiendo de una desigualdad histórica en cuanto a la efectividad y justiciabilidad del contenido de sus catálogos de derechos humanos.

En primera instancia, se analizarán las particularidades del neoconstitucionalismo y la concepción que deriva de las mismas de la posición que asume el juez en el Estado constitucional moderno. Posteriormente, se abordarán las posturas teóricas y filosóficas re-

ferentes a la naturaleza jurídica de los derechos humanos socioeconómicos, para evidenciar que históricamente se ha marginado a dicho grupo frente a los derechos civiles y políticos en razón de tendencias ideológico-políticas; no obstante, no existen argumentos sólidos para restarles fuerza normativa. Como complemento de lo anterior, se analizará la realidad material en cuanto a dicho rezago, tomando como ejemplo el derecho humano a la educación superior en México, y se reflexionará sobre el papel del juez constitucional ante el rezago histórico de los derechos humanos socioeconómicos. Se considerará la naturaleza de las acciones afirmativas que el Estado puede realizar en casos de desigualdad, como lo es el de dicho grupo de derechos frente a los derechos civiles y políticos; y se llegará a la conclusión de que el juez constitucional, según su concepción neoconstitucional, debe asumir la tarea de igualar la situación de rezago entre ambos grupos de derechos humanos, para lo cual debe realizar acciones afirmativas de carácter judicial. Se concluirá con una propuesta tentativa de cómo realizar una acción afirmativa en aquellos supuestos en que el juzgador implemente la técnica de ponderación en casos donde colisionen un derecho civil o político y un derecho socioeconómico.

El Estado neoconstitucional y su noción de la actividad jurisdiccional

Neonconstitucionalismo

Según Carbonell (2015), el neoconstitucionalismo es un concepto explicativo de ciertos fenómenos jurídicos que se han venido consolidando primordialmente desde el periodo de posguerra de la Segunda Guerra Mundial. El neoconstitucionalismo puede entenderse en tres vertientes o niveles de análisis, como los denomina el autor. En primer lugar está la emisión de constituciones nacionales con un mayor contenido sustantivo y catálogos amplios de derechos humanos. En segundo se ubica la complejización del razonamiento jurisprudencial

que requiere de nuevas herramientas para la aplicación e interpretación directa de la Constitución, lo cual detona un activismo judicial sin precedentes y a su vez implica una noción de la carta magna como instrumento jurídico que permea en el ordenamiento jurídico y tiene un carácter de “invasora” o “entrometida”. Por último, están los nuevos desarrollos teóricos, que parten de los dos fenómenos anteriormente mencionados y en virtud de los cuales la doctrina no se considera ya solamente como explicativa de los fenómenos jurídicos, sino inclusive como actividad creadora de los mismos.

Si bien dichos fenómenos no son nuevos, lo novedoso y que distingue al fenómeno explicado por el neoconstitucionalismo es la creciente convergencia y concentración de los tres en las últimas décadas (pp. 1-9).

El papel del juez neoconstitucionalista

La noción anteriormente expuesta del neoconstitucionalismo, nos indica con suficiente claridad los aspectos que, según la misma, nos permiten deducir o determinar, dentro de dicho fenómeno jurídico, cómo debe concebirse el papel del juez constitucional. Dicho papel estará caracterizado por un activismo judicial en aplicación directa de la Constitución y de los más amplios catálogos de derechos humanos; asimismo, en sintonía con la noción de una constitución entrometida, deberá asumir una actitud de vigilancia plena del ordenamiento jurídico y de justiciabilidad constitucional absoluta del mismo.

Sin embargo, el presente trabajo aborda la idea de que debe complementarse o detallarse dicho papel, en específico en cuanto a la justiciabilidad de los catálogos de derechos humanos, bajo la perspectiva de que, como se expone en el siguiente apartado, histórica, ideológica y políticamente se ha marginado sistemáticamente a los derechos humanos económicos, sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos. Primeramente, deberán analizarse las posturas en sede doctrinal que dan cuenta de dicho rezago, para concebirlas como punto de partida para definir la actitud o papel que el juez constitucional debe asumir en el Estado moderno frente a violaciones o demandas relativas a dicho grupo de derechos.

Teoría y filosofía de los derechos económicos, sociales y culturales

Objeciones a la naturaleza jurídica de los derechos humanos socioeconómicos

La doctrina y filosofía en materia de derechos socioeconómicos ha externado reservas en cuanto a la naturaleza y exigibilidad de los mismos. Una de las críticas más reiteradas consiste en que, como derechos de acceso a bienes y servicios, su cumplimiento resulta demasiado exigente (Cruft, Liao y Renzo, 2015: 24).

Nickel (2014), por ejemplo, si bien en general aboga a favor de dicho grupo de derechos, no omite señalar su reserva, en el sentido de que advierte una limitante en cuanto a la disponibilidad de recursos para garantizar su ejercicio, al grado de caracterizar a dichos derechos como “fraudulentos”, en virtud de que los mismos se establecen en instrumentos a sabiendas de que resulta imposible su cumplimiento. En ese contexto, también asevera que más bien se les debe contemplar como objetivos o metas que los países deben impulsar.

Por otro lado, Eddy (2006: 351), si bien parte de la idea de que los derechos socioeconómicos si pueden concebirse como “derechos genuinos”, hace énfasis en que resulta indispensable tomar en cuenta la escasez al momento de conceptualizar cualquier derecho de esta índole. En efecto, debe considerarse que la disponibilidad de un cierto bien o servicio puede ser menor a lo requerido por la totalidad de los potenciales recipientes del mismo, en cuyo caso se entra en un dilema en tanto que todos tendrán el mismo derecho a acceder a un bien o servicio de limitada disponibilidad.

De igual manera, se han deducido limitantes de los principios jurídicos del derecho internacional, dado que, bajo este último, los estados nacionales deben ser estrictamente los sujetos obligados a cumplir los derechos humanos de sus ciudadanos, lo cual refuerza el argumento de la escasez, dado que limita la fuente de obligaciones a un solo sujeto (Cruft, Liao y Renzo, 2015: 26).

Por otro lado, y en atención al principio de progresividad establecido en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), que otorga a los estados cierta discreción en la aplicación de los derechos humanos dado que sólo los vincula a tomar pasos encaminados hacia su pleno cumplimiento,¹ autores como Wellman (2011: 71) han sostenido que no se tratan de derechos en sentido estricto, sino de deberes genéricos de procurar ciertos objetivos. En un plano más crítico y filosófico, se ha llegado inclusive a sostener que es imposible determinar con certeza, previo al establecimiento de instituciones, sobre quién deberán recaer las obligaciones de dicho grupo de derechos (O'Neill, 2000: 105).

Posturas que defienden la fuerza normativa de los derechos humanos socioeconómicos

Sin embargo, también existen posturas de actores que no obstante advierten una limitante en cuanto al cumplimiento de los derechos socioeconómicos en razón de la necesidad de recursos, sostienen su naturaleza jurídica frente a una noción de los mismos como meros principios programáticos o intencionales. En efecto, quienes defienden dicho grupo de derechos humanos, asumen la postura de que también aquellos derechos y sus correspondientes obligaciones que no puedan cumplirse en su totalidad, pueden considerarse derechos en sentido estricto (Cruft, Liao y Renzo, 2015: 25).

Waldron (1989: 506-507), por ejemplo, contempla la posibilidad de implementación desde un punto de vista cuantitativo, en el sentido de que si bien es cierto que el Estado no está en aptitud de proveer a todos los ciudadanos de un respectivo bien o servicio, también lo es que a cierto número de ciudadanos sí lo hace, de ahí que no se esté ante un incumplimiento en sentido estricto, sino que únicamente

¹ “Artículo 2. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

debe asumirse que no es posible un cumplimiento total (a todos los ciudadanos) respecto de ciertos derechos socioeconómicos.

Por otro lado, ha habido planteamientos que proponen ampliar el espectro de posibles sujetos obligados de los derechos humanos socioeconómicos y extender dicho carácter a entidades supra nacionales, esto es, otros estados con mayores recursos o inclusive sujetos de carácter privado con la intención de superar la limitante de la escasez (Jones, 2013: 57).

Inclusive, más allá de este planteamiento, se han propuesto ciertos principios orientadores para repartir obligaciones de derechos socioeconómicos a ciertos sujetos, como lo es la propuesta de Barry (2005: 210), quien introduce el llamado “principio de contribución”, según el cual aquellos sujetos que hayan contribuido a que se genere un estado de escasez en cuanto a ciertos derechos, contraen la obligación de mitigar dichas situaciones y prestar el respectivo bien o servicio.

Mitos y realidades en torno a los derechos socioeconómicos

En el apartado anterior se expusieron diversas posturas acerca del debate de la naturaleza jurídica de los derechos socioeconómicos. Si bien advertimos que existen posturas tanto a favor como en contra de conceder a dicho grupo de derechos fuerza normativa, lo cierto es que autores como Mejía (2007) reconocen que históricamente se ha privilegiado a los derechos civiles y políticos en cuanto a su fuerza normativa, implementación y justiciabilidad frente a los anteriores, no obstante no exista un sustento jurídico real que justifique dicha diferenciación, de ahí que se hayan consolidado ciertos “mitos” en torno a la comparación entre ambos grupos de derechos.

Mejía expone como primer mito el que deriva de la noción de que las declaraciones de derechos estadounidense (1776) y francesa (1789), como antecedentes de los derechos humanos, son instrumentos que dan preponderancia a las libertades. Sin embargo, se desvirtúa dicho mito en razón de que, si bien es cierto que tienen el matiz aludido, también lo es que están dotadas de contenido social

y nociones de igualdad, y en esa tesitura concluye que los derechos socioeconómicos se han descuidado desde un inicio no por falta de fundamento jurídico, sino por tendencias y objetivos de índole política e ideológica, lo cual excluye la hipótesis de una debilidad inherente al grupo de derechos socioeconómicos.

El segundo mito deriva de la suposición que ambos grupos de derechos son de naturaleza distinta, y que en razón de dicha naturaleza los derechos civiles y políticos sólo generan obligaciones negativas y los derechos socioeconómicos obligaciones positivas. No obstante, es refutable que un derecho pueda generar únicamente un tipo de obligaciones y que los derechos humanos puedan dividirse en dos tipos en razón de tal, para lo cual aduce como ejemplo de una obligación positiva para garantizar un derecho civil o político la obligación del estado de celebrar elecciones, y como ejemplo de una obligación negativa que garantiza el ejercicio de un derecho socioeconómico la no intervención del estado en el ejercicio de la huelga y libertad sindical.

El tercer mito surge de la noción de que los derechos civiles y políticos y los derechos socio económicos son resultados de pugnas históricas distintas y cronológicamente colocadas en distinto plano. Se concibe que los derechos civiles y políticos devienen de la pugna emprendida por la clase burgués para derrocar al *Ancièn Regime*, y que los derechos socioeconómicos son consecuencia del movimiento del estrato de los trabajadores para adquirir el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Así, se ha concebido que cada grupo de derechos pertenece a su respectivo estrato social, y a su vez que los derechos civiles y políticos se ejercen de manera individual y los derechos socioeconómicos de manera colectiva.

Sin embargo, se concluye que las diferencias que separan a ambos grupos de derechos son aparentes, dado que se han superado las limitantes en el sentido de que los derechos humanos protegen a todos los estratos sociales y que ambos grupos de derechos pueden ejercerse tanto de manera individual como colectiva.

El cuarto mito se genera con motivo de una supuesta separación que deriva de las diferencias ideológicas entre el mundo occidental y el este, la cual llevó a clasificar a cada grupo de derechos humanos según su afinidad con cada grupo ideológico, donde los derechos socioeconó-

micos se concibieron como protectores o impulsores de la igualdad en sintonía con la ideología del este, y los derechos civiles y políticos de la libertad según la ideología occidental. Pero, según concluye el autor, no existe argumento consistente para sostener que la libertad y la igualdad están yuxtapuestas o que pueda diferenciarse jerárquicamente entre las mismas, sino que, a la inversa, son valores complementarios que representan un pilar fundamental del Estado democrático (Mejía, 2007: 64).

En cuanto al quinto mito, se ha creado partiendo de la noción errónea de que los derechos socioeconómicos resultan más costosos que los derechos civiles y políticos, en razón de que los primeros requieren acciones positivas del Estado y los segundos una mera abstención del mismo. Sin embargo, alega que en realidad el financiamiento real otorgado a los derechos civiles y políticos es más alto que el destinado para los derechos socioeconómicos, de ahí que se desvirtúe el argumento de que dichos derechos sean exigibles en menor grado en razón de su costo. Entonces, el argumento del gasto no justifica distintas modalidades de exigibilidad en cuanto a grado y tiempo, incluyendo el principio de progresividad, y por consecuencia, lo que realmente ha dado lugar dichos planteamientos que distinguen en grados de implementación, según los respectivos grupos de derechos humanos, son posturas políticas y no económicas o de derecho.

De lo expuesto por Mejía se advierte que ha existido un bagaje de doctrina y posturas de índole ideológica-política encaminadas a desarrollar argumentos que sostienen una posición de desventaja de los derechos socioeconómicos en cuanto a su exigibilidad y justiciabilidad, y también que es posible desvirtuar a las primeras y evidenciar que realmente se trata de una predisposición de índole política frente a los derechos socioeconómicos, la cual ha impulsado una preferencia injustificada hacia los derechos civiles y políticos.

Entonces, no puede negarse que ha existido una cierta tendencia a separar y privilegiar los derechos civiles y políticos en sede doctrinal, ideológica e inclusive institucional. No obstante existen esfuerzos para desvirtuar el carácter secundario que se le ha otorgado a los derechos socioeconómicos, debemos partir del supuesto de que aún es necesario reflexionar y proponer medidas correctivas para garantizar la plena eficacia de dicho grupo de derechos, ya que

el extendido discurso sobre el carácter normativo, y no simplemente político, de las constituciones modernas, ha penetrado de manera debilitada en el territorio del Estado social y de los derechos sociales. Su exigibilidad, por el contrario, ha permanecido anclada en una suerte de minoría de edad en relación con otros derechos civiles y políticos, y muy especialmente con los derechos patrimoniales de propiedad privada y de libertad de empresa. La porfiada vigencia, entre los operadores jurídicos, de la tesis de los derechos sociales como meros principios rectores o como cláusulas programáticas, o la idea de que los órganos jurisdiccionales nada pueden –ni deben– hacer para garantizarlos, son solo algunas de las pruebas de ese rezago comparativo (Pisarello, 2007: 14).

En la misma tesitura, Carbonell (2015: 6) reconoce que, en América Latina, la maduración de los poderes judiciales ha sido retardada y que apenas recientemente se está asumiendo la necesidad de desarrollar una judicatura con las aptitudes suficientes para atender las controversias sociales que se susciten. En efecto, no fue sino a partir de los recientes años 90, cuando se generaron una serie de reformas que impulsaron modificaciones fundamentales en el quehacer jurisdiccional, que los jueces han adquirido conciencia de los alcances de su propio papel dentro del Estado neoconstitucional.

Estatus de efectividad

Realidad material

Ahora bien, ante esas aseveraciones en sede doctrinal, resulta interesante analizar la realidad material en cuanto al cumplimiento de los derechos socioeconómicos. Por razones de método y dada la extensión contemplada para el presente capítulo, resulta adecuado ejemplificar el caso de un derecho en concreto y realizar un balance del estatus material de su efectividad y cumplimiento, para lo cual se analizará el derecho humano a la educación superior (Jongitud, 2017: 45-56).

Como cuestión preliminar, resulta necesario abordar la existencia de un derecho humano a la educación superior como tal e independiente del derecho humano a la educación en general. Partiendo de que existen diversos pronunciamientos al respecto de disciplinas diferentes al ámbito jurídico (ciencia política, filosofía, etc.) y que asumen posturas carentes de consenso, Jongitud concluye que en el ámbito jurídico sí existe un derecho humano a la educación superior, en virtud de los siguientes puntos: el derecho internacional lo ha consagrado en diversos instrumentos jurídicos; los Estados han consentido su existencia en documentos internacionales que, si bien carecen de fuerza normativa, les reviste autoridad *soft law*; dicha existencia ha sido confirmada por la institución de aplicación y monitoreo del Pidesc, que representa el instrumento internacional de mayor autoridad en la materia; y la voluntad jurídica de los Estados en su práctica han modificado paulatinamente sus ordenamientos internos para reconocer y proteger dicho derecho, y para adecuarlo al derecho internacional en la materia (p. 48).

Después de abordar las cuestiones en torno a la existencia del derecho aludido, se procede a analizar el estatus normativo y empírico de efectividad del mismo, para lo cual se toma como punto de partida el marco jurídico que condiciona la implementación y exigibilidad del derecho humano a la educación en general y a la educación superior en lo particular, así como información empíricamente respaldada que dé cuenta del estado material de implementación.

En atención al primer extremo, se debe contemplar el art. 25 de la Ley General de Educación, mismo que establece en cuanto al financiamiento de la educación que “el monto anual que el Estado –Federación, entidades federativas y municipios–, destine al gasto en educación pública y en los servicios educativos, no podrá ser menor a ocho por ciento del producto interno bruto del país, destinando de este monto, al menos el 1% del producto interno bruto a la investigación científica y al desarrollo tecnológico en las Instituciones de Educación Superior Públicas”.

Ahora, no obstante existe un marco jurídico que en apariencia debiera establecer un mínimo grado de implementación, los indicadores de la OECD (2017) evidencian que existe un rezago en la materia y que la realidad del Estado mexicano se encuentra en diversos aspectos por debajo del mínimo aparentemente garantizado por la legislación:

- México se encuentra muy por debajo del promedio de la OECD en cuanto al gasto que realizan las instituciones educativas por estudiante (p. 180).
- Se advierte que el gasto público en educación en México apenas rebasa el 4% del PIB, lo cual resulta contrario a lo establecido en el art. 25 de la Ley General de Educación que establece un mínimo del 8% (p. 198).
- Sumando el gasto público y privado en educación, México apenas alcanza en los indicadores el promedio de gasto en educación de los países miembros de la OECD (p. 198).
- En un diagrama que compara el gasto público en los distintos grados de educación (primaria, secundaria y terciaria -superior-) en relación al producto interno bruto, se observa claramente que el gasto público en México en educación superior, se encuentra por debajo del 1% del PIB y que inclusive el gasto público y privado en dicho rubro se encuentra muy por debajo del promedio de la OECD, lo cual evidencia un rezago no solo contrario al propio marco jurídico mexicano, sino que también preocupante en cuanto a un análisis global comparativo (p. 201).

Realidad normativa

Por otro lado y en el plano meramente normativo, resulta importante señalar que, en los últimos 15 años, el contenido de dicho artículo ha permanecido intacto en cuanto a los porcentajes (8% y 1% respectivamente) que establece la norma para garantizar el acceso a la educación en nuestro país. El lunes 30 de diciembre de 2002 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma que establece en el marco jurídico mexicano cifras concretas que regulan y garantizan a través de topes mínimos la implementación del derecho humano a la educación (ya que previo a dicha reforma, el dispositivo sólo contenía un mandato genérico, que no imponía al Estado un parámetro concreto). Dicho señalamiento trasciende en nuestro planteamiento, ya que da cuenta de que el Estado mexicano en el lapso de quince años no ha avanzado en mayor medida para generar bases que den lugar a una implementación progresiva del derecho humano a la educación. El Pi-

desc establece el principio de progresividad, cuya naturaleza jurídica y las cargas que impone a los Estados ya se analizaron líneas arriba, y en ese sentido, se advierte la ausencia de subsecuentes y actualizadas medidas legislativas en torno a la implementación del derecho humano a la educación en el periodo menconado. Los indicadores evidencian un rezago, y es notorio el incumplimiento del Estado mexicano en cuanto a la carga que le impone el tratado internacional en materia de educación y en especial de educación superior.

Adicionalmente, debe señalarse el rezago a nivel normativo en comparación con la tendencia global, dado que mientras se vuelve notoria la omisión del Estado mexicano, estudios globales comparativos afirman que en general los países del mundo, con ordenamientos jurídicos distintos, han avanzado hacia un paulatino reconocimiento y garantía constitucionales; de ahí que mientras en 1970 tan sólo el 10% de los Estados reconocían y garantizaban dicho derecho en sus constituciones, en 2014 ya lo hacía el 29% (Jongitud, 2017: 48).

Entonces, el punto de partida en cuanto a la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, es una tendencia histórica de “rezago comparativo” y una marginación frente a los derechos civiles y políticos, no obstante hay planteamientos dirigidos a desvirtuar ciertos mitos que han provocado dicho rezago. Asimismo, como se ejemplificó en el caso del derecho humano a la educación superior, se parte de una realidad material deficiente en cuanto a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora, si partimos de que tanto la noción de una constitución “invasora” como un activismo judicial basado en la aplicación directa de esta son pilares del Estado neoconstitucional, entonces resulta lógico que en ese contexto deba considerarse el rezago, y que dicha aplicación directa y el carácter invasor se entienden respecto de la totalidad del contenido de la constitución, incluyendo el catálogo de derechos socioeconómicos. Por consecuencia y partiendo de la realidad desigual en cuanto al estatus material y normativo de estos derechos frente a los civiles y políticos, el juez constitucional debe igualar el estatus de ambos grupos de derechos, en tanto es responsable de la aplicación directa del instrumento y, por consecuencia, de que sus disposiciones se materialicen, tomando en cuenta la tendencia histó-

rica de rezago. Por lo tanto, un replanteamiento del Estado constitucional moderno debe implicar medidas correctivas en relación con los derechos socioeconómicos.

En el siguiente apartado se expone la idea en general de las acciones afirmativas y/o medidas correctivas para efecto de ilustrar su esencia, la cual se tomará como base para concluir en una noción que contempla posibles acciones de ese tipo en sede jurisdiccional por parte de los jueces constitucionales, en aras de igualar y corregir el aún persistente rezago de los derechos señalados.

Acción afirmativa/medida correctiva

Las acciones afirmativas parten de hechos de desigualdad histórica que obligan al Estado a tomar ciertas medidas de carácter temporal, para acelerar la instauración de una situación de igualdad entre aquellos que están en desventaja y aquellos que han gozado de privilegios frente a los primeros. El fundamento de dichas acciones yace en que, por virtud de la tendencia histórica señalada, se vuelve imposible remediar esta desigualdad, si no es mediante instrumentos de compensación a favor del grupo marginado. Entonces, se parte de una situación asimétrica que tiene que igualarse, un *status quo* desigual que, si no se ataca con medidas desiguales hacia el grupo privilegiado, no puede mutar en igualdad (Medina y Márquez, 2010: 20). En esta lógica, se ha desarrollado igualmente el principio de discriminación por indiferenciación, el cual ha sido acogido por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y que consiste en la idea de que partiendo de una situación de hechos desigual, donde hay una parte en desventaja y otra en ventaja, para efecto de garantizar el derecho humano o el principio de igualdad, el Estado debe diferenciar en el sentido de discriminar a la parte que se encuentre en una situación favorable. En esa tesitura, y no obstante como principio general el Estado no debe discriminar, en dicho supuesto desigual sí debe hacerlo para efecto de garantizar e instaurar una situación igual (SCJN, 2009).

Ahora bien, dicho marco general de las acciones afirmativas establece los supuestos generales que fundamentan su implementación

que desde luego pueden aplicar respecto de distintas situaciones de rezago histórico de desigualdad. Un ejemplo son las acciones afirmativas que han implementado Estados para igualar la participación política de la mujer frente a la participación del hombre, donde se implementan mecanismos para dar acceso privilegiado a las mujeres a responsabilidades e investiduras públicas del mismo calado que suelen ocupar los hombres, de tal suerte que bajo condiciones generales de hecho y de derecho no hubieran podido acceder a ellas, pero que el Estado genera a través de mecanismos que las favorecen frente a aspirantes masculinos, lo cual tiende a generar una igualdad en cuanto a la participación política de ambos sexos (p. 21).

Ahora, como se advierte por analogía, la situación de la efectividad de los derechos socioeconómicos y los grupos sociales que preponderantemente protegen, es equiparable a la que han sufrido las mujeres frente a los hombres históricamente. A su vez, la situación en cuanto a su efectividad y justiciabilidad frente a aquella de los derechos civiles y políticos, se enmarca dentro del marco general que determina la procedencia o aplicabilidad de acciones afirmativas.

Si bien en el ejemplo referente a la participación política de las mujeres la acción afirmativa puede manifestarse como acto legislativo o administrativo, en principio la teoría de las mismas hace alusión al Estado en general y no excluye la posibilidad de que puedan ser implementadas por un ente jurisdiccional.

Contemplando la esencia de las acciones afirmativas, así como el estatus normativo y material rezagado de los derechos socioeconómicos, se advierte que la simple transición hacia un régimen de justiciabilidad completo que contemple tanto estos derechos como los civiles y políticos, no es suficiente para instaurar una igualdad normativa y material, en cuanto a la efectividad de ambos grupos de derechos, dado que es evidente que desde un inicio históricamente se ha marginado al grupo de derechos socioeconómicos, de ahí que ya exista tal descompensación que dicho cambio normativo no será suficiente para transformar la realidad, o por lo menos no en un lapso temporal razonable, sino que es menester ir más allá de la mera igualación normativa o de justiciabilidad (que se le reconozca igual fuerza jurídica a ambos grupos) y contemplar la aplicación de acciones afirmativas.

Antes de abordar planteamientos concretos de acciones afirmativas por parte de los jueces constitucionales para abatir el rezago de los derechos socioeconómicos, es menester analizar el estatus actual normativa en cuanto a la justiciabilidad de dicho grupo de derechos, desde el ámbito internacional como también nacional del propio Estado mexicano, ya que si bien se afirma que los derechos socioeconómicos están en rezago, debe señalarse que existen avances recientes en cuanto al rol que han asumido diversas jurisdicciones y organismos internacionales para procurar la justiciabilidad directa de dicho grupo de derechos. Una introducción a dichos avances nos dará conocimiento de la situación normativa actual y a su vez nos indicará el grado de avances, así como también los grados faltantes.

Avances legales y jurisprudenciales

En el presente apartado se analiza según ciertos ejemplos de actos o resoluciones jurídicas el cambio normativo hacia un mayor grado de justiciabilidad de los derechos socioeconómicos y de igualdad frente a los derechos civiles y políticos, cambio que, si bien avanza, todavía no ha culminado.

Observación general núm. 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La observación general núm. 9 del CDESC, como resolución emitida por un órgano de derecho internacional y de aplicación del PIDESC, si bien se caracteriza como norma de las denominadas *soft law* por ser de carácter no vinculante en sentido estricto y no ejecutable, le reviste autoridad en el ámbito jurídico, y en este contexto resulta ilustrativo su estudio, en tanto contiene principios contenidos en la doctrina expuesta líneas arriba y por ende permite advertir la adecuación de los mismos en resoluciones emitidas por instituciones de derecho internacional. El punto 10, correspondiente al apartado que aborda la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos, es de especial interés.

Justiciabilidad

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente.

[...]

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998).

Como se advierte, la observación retoma que la diferenciación que se ha hecho entre ambos grupos de derechos no tiene fundamento jurídico alguno. Hay que hacer énfasis en que la resolución internacional citada líneas arriba es un ejemplo de cómo los operadores políticos y jurídicos internacionales asimilan la doctrina e incorporan sus principios a un instrumento jurídico, lo cual da cuenta de una tendencia de transformación del estatus normativo de los derechos humanos socioeconómicos hacia un mayor grado de justiciabilidad directa.

Sistema interamericano

La jurisdicción interamericana ha demostrado ciertos avances hacia un mayor grado de justiciabilidad del grupo de derechos analizado, y diversas posturas han debatido sobre la base jurídica para posibilitar la justiciabilidad directa. Por ejemplo, se ha argumentado que una interpretación progresista del artículo 26 de la Convención Americana en pro de la justiciabilidad directa de los derechos humanos socioeconómicos, puede derivarse de la realidad jurídica de los Estados, en el sentido de que la mayoría de las constituciones nacionales ya han establecido un reconocimiento expreso de dicha justiciabilidad, lo cual es indicativo de una postura regional (Carbonell y Ferrer, 2014).

Además, actualmente la jurisprudencia interamericana y la nacional de los Estados transita a una postura de reconocimiento de justiciabilidad directa de los derechos sociales y económicos, y no meramente a través de la justiciabilidad de derechos civiles y políticos que guarden un vínculo de interdependencia con ellos (p. 142).

En efecto, dicha vía de justiciabilidad indirecta limita el peso verdadero de los desc, dado que evade un análisis minucioso de las obligaciones concretas derivadas de dichos derechos y el cual fortalecería las resoluciones jurisdiccionales interamericanas (p. 145). Por ejemplo, si bien es cierto que el derecho a la salud se encuentra inherentemente vinculado con el derecho a la vida y a la integridad personal, y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho valer el primero a través de los segundos, también lo es que ello limita el peso y valor autónomo del derecho a la salud, ya que se pretende lograr su justiciabilidad a través de derechos civiles y políticos y el vínculo que guardan (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Carbonell y Ferrer (2014) abogan por una postura interpretativa en cuanto a la fortaleza normativa del art. 26 de la Convención Americana, en relación con el Protocolo de San Salvador, en el sentido de que la justiciabilidad de los derechos socioeconómicos debe definirse bajo la interpretación y consideración de ambos instrumentos, donde dicho protocolo no puede concebirse como limitante del al-

cance normativo en cuanto las obligaciones que establecen los arts. 1 y 2 de la Convención,² aplicados a los derechos económicos, sociales y culturales que consagra el art. 26.

Dicha “interpretación evolutiva”, conciben, pretende reforzar los alcances de la normativa interamericana de manera integral y no sólo en cuanto a los derechos civiles y políticos, dado que el Protocolo de San Salvador a la fecha no ha logrado un grado aceptable de efectividad en cuanto a su contenido y objetivo (p. 144).

La justiciabilidad directa y efectiva de los derechos socioeconómicos representa ya una obligación de la jurisdicción interamericana, en razón de la situación actual del derecho sustantivo existente en la materia en su integridad y su competencia sobre la totalidad de la normativa interamericana y máxime que, de hecho, tanto la Corte Interamericana como los poderes judiciales nacionales de los Estados partes ya han practicado dicha realización de manera indirecta a través de la vinculación e interdependencia con los derechos civiles y políticos.

Dicha transición va en sintonía con la actual tendencia de “eficacia plena de los derechos humanos”, sin discriminación entre ambos grupos de derechos, en especial en cuanto a los Estados del sistema interamericano, dada la desigualdad material que aún enfrenta di-

² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [...] Capítulo iii Derechos Económicos, Sociales y Culturales Artículo 26. Desarrollo Progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.

cha región (p. 147). Esta transición resulta posible y es previsible, ya que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido expresamente la justiciabilidad del art. 26 de la Convención Americana, que además beneficiaría a la efectividad de los derechos humanos, por ende puede afirmarse lo siguiente:

En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia contenciosa interamericana resulta legítimo –y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional– otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus iuris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia un efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto (p. 149).

Conclusión

Existe un rezago histórico de los derechos socioeconómicos en cuanto a su efectividad y justiciabilidad frente a los derechos civiles y políticos. Esta situación normativa y material se encuadra dentro de los supuestos que dan lugar a acciones afirmativas por parte del Estado, que pretenden igualar a través de una discriminación temporal el estatus material y normativo. Seguramente existen diversos planteamientos de posibles acciones afirmativas que puedan implementar los jueces constitucionales para igualar la situación de los derechos socioeconómicos, sin embargo, la opción más inmediata es su actuar en casos en que se dé una colisión entre un derecho humano socioeconómico y un derecho humano civil o político. Es ampliamente conocida la técnica de ponderación (Alexy, 2003: 131-140) desarrollada por diversos autores (Barak, 2012) y aplicada por juzgadores para disolver dichas tensiones entre derechos humanos

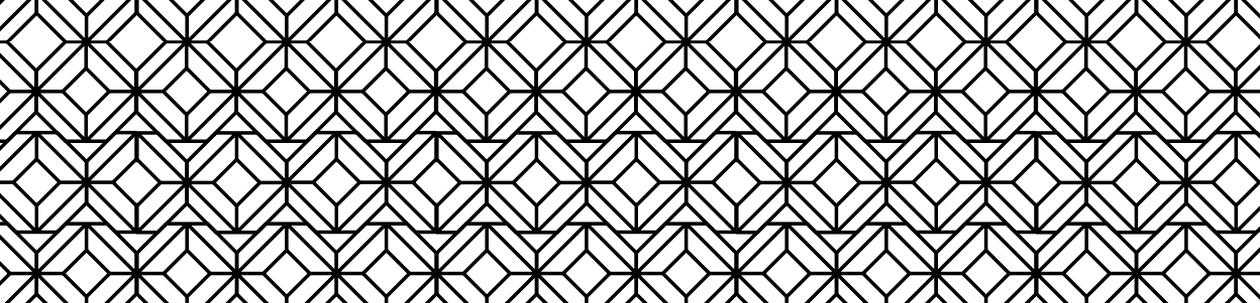
cuando resultan yuxtapuestos en casos concretos a dirimir por el juez constitucional, pero su exposición no fue materia del presente capítulo. El concepto que aquí se propuso consiste en una ponderación de derechos humanos modificada, en el sentido de que en supuestos en que todos los demás factores que determinen la decisión judicial en un ejercicio de ponderación sean iguales, esto es, *ceteris paribus*, el juez constitucional siempre debe decantarse por resolver, en el sentido de que debe prevalecer el derecho humano socioeconómico frente al derecho civil y político. En qué términos exactamente deba estructurarse dicha técnica requiere desde luego de un estudio y exposición conceptual de mayor extensión a la contemplada por el presente trabajo y será materia de futuros estudios.

Sin embargo, el concepto nos permite concluir con una idea seminal en cuanto a la proposición de la implementación de acciones afirmativas judiciales propias del juez constitucional en cuanto a la justiciabilidad de los derechos humanos socioeconómicos, las cuales surgen al reflexionar sobre el papel que debe jugar dicho juzgador a la luz de los principios rectores del Estado constitucional moderno o neoconstitucional, y que implica que, frente a un rezago normativo y material y de desigualdad de un grupo de derechos frente a otro, debe asumir el rol de igualar dicha circunstancia.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2003). Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, 16(2).
- BARAK, A. (2012). *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- BARRY, C. (2005). Applying the Contribution Principle. *Metaphilosophy*, 36.
- CARBONELL, M. (2015). ¿Qué es el Neoconstitucionalismo? En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo*. México: Centro de Estudios Carbonell.
- CARBONELL, M. y Ferrer, E. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Ciudad de México: IJ, UNAM.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1998). *Observación General N° 9, 19° período de sesiones*. Ginebra.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*.

- CRUFT, R., Liao, S. M. y Renzo, M. (2015). The Philosophical Foundations of Human Rights. En R. Cruft, S. M. Liao y M. Renzo, *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- EDDY, K. (2006). Welfare Rights and Conflicts of Rights. *Res Publica*, 12.
- JONES, C. (2013). *The Human Right to Subsistence*. *Journal of Applied philosophy*, 30.
- JONGITUD, J. (2017). El derecho humano a la educación superior en México. *Revista de la Educación Superior*, 46(182). Recuperado de http://publicaciones.anuies.mx/pdfs/revista/Revista182_S1A3ES.pdf
- MEDINA, A. y Márquez, R. G. (2010). *La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridad*. Ciudad de México: Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género-Congreso de la Unión.
- MEJÍA, J. A. (2007). Cinco mitos sobre los DESC. *Revista Cejil, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año II, 3.
- NICKEL, J. (2014). Human rights. En E. N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Spring. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>
- OECD (2017). *Education at a Glance 2017, OECD Indicators*. París: OECD Publishing. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2017-en>
- O'NEILL, O. (2000). *Bounds of Justice*. Cambridge: Cambridge University.
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (2002). Decreto por el que se reforma el artículo 25 de la Ley General de Educación. *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=717011&fecha=30/12/2002
- SCJN (2009). *Acción de Inconstitucionalidad 66/2009*.
- WALDRON, J. (1989). *Rights in Conflict*. *Ethics*, 99(3).
- WELLMAN, C. (2011). *The Moral Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.



El control de constitucionalidad y la objeción democrática: una aproximación al debate

JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

JUAN CARLOS GUERRERO FAUSTO

*Por supuesto, los jueces pueden abusar de su poder,
pueden pretender cumplir con las importantes limitaciones
que les impone la integridad, mientras la ignoran en la realidad.*

*Pero generales, presidentes y clérigos
también pueden abusar de sus facultades.*

Dworkin (2004: 111)

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto ofrecer un acercamiento en torno a los dilemas que representa el control de constitucionalidad, siendo este el principal mecanismo de protección de los derechos frente a decisiones de poderes públicos, incluido aquel poder que representa al pueblo directa o indirectamente a través de la voluntad popular. Sin embargo, la justificación de la facultad constitucional que se ha conferido a los jueces tiene una suerte de “asaz misteriosa” (Nino, 1991: 97). Es decir, por lo regular, los jueces y especialmente la Corte Suprema no tienen un origen precisamente democrático de forma directa, ya que son elegidos por el voto de otro órgano que sí es elegido democráticamente mediante el voto popular. Además, en muchas ocasiones, los jueces no se someten a una revisión periódica

ca con respecto a su mandato. Un ejemplo de lo anterior lo ofrece la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde la designación de los integrantes de la judicatura es facultad exclusiva del presidente sin necesidad de acudir a un acuerdo de órgano legislativo, gozando de un mandato vitalicio. En cambio, generalmente los miembros del máximo tribunal, al puro estilo Europeo, son elegidos por diversos órganos del Estado y permanecen en su cargo por un tiempo determinado, que, en la mayoría de los casos, es considerablemente extenso. Empero, a pesar de las diferencias que ello pueda suscitar, ambos diseños carecen de legitimidad democrática en estricto sentido; además, se hace presente la duda de por qué dichos órganos tienen la última palabra sobre las decisiones de órganos que son elegidos directamente por el pueblo. Lo anterior es pues el telón de fondo donde gravitan las distintas posturas en torno a lo que se ha llamado como “la dificultad contramayoritaria” (Bickel, 1962: 16).

Para dar cuenta de lo anterior, consideramos pertinente abordar los siguientes puntos. En primer lugar, veremos que la posición del juez en el modelo de derecho denominado Estado constitucional tiene un protagonismo especial; es por ello que nuestra tarea será el identificar algunas de las características del Estado constitucional que propician que el juez tenga una función más relevante con respecto al modelo de derecho antecesor (nos referimos al modelo legal o legislativo). En segundo término, se expondrán algunos de los argumentos que consideramos importantes a la hora de defender el control de constitucionalidad (Dworkin, Alexy, Ferrajoli y Nino). Somos conscientes que el debate es mucho más amplio de lo aquí ofrecido, considerando la rica y basta historia que demanda un estudio al respecto. Desde su origen con el precedente constituido por el caso *Marbury vs. Madison* en 1803 en Estados Unidos, especialmente con el voto famoso de Marshall –un militar– donde se sentaron las bases de lo que hoy conocemos como la facultad de los jueces de supervisar la constitucionalidad de las leyes dictadas por órganos democráticos. Sin embargo, por la naturaleza y pretensiones del documento, acotaremos el estudio a los autores aludidos, pues dan cuenta en gran medida de las distintas dimensiones del debate. En otro apartado del capítulo destacaremos algunas de las principa-

les críticas del control de constitucionalidad, enfatizando la carencia de legitimidad democrática que goza la institución, así como los posibles peligros que suscita un órgano de tales características. Por último, esbozaremos algunas reflexiones finales donde se propugna explorar nuevas alternativas que libren la tensión que propicia que el órgano con menor legitimidad democrática sea quien tenga la última palabra.

El juez en el Estado constitucional. ¿Existe algo novedoso?

En el primer apartado de nuestro trabajo queremos analizar si, efectivamente, existe algún cambio con respecto a la figura del juez en el marco del Estado constitucional de derecho. Por lo anterior, tendremos que analizar los elementos más distintivos que promueven una labor más activa del juez en el sistema jurídico. Por consiguiente, es importante recordar las dificultades que derivan de la posición del juez en los ordenamientos constitucionales.

Pues bien, el estudio que emprendemos nos deriva a una pregunta insistente: “¿cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres?”, que, atinadamente señalaba Bobbio (2001: 167), ha dado múltiples respuestas y estudios, “constituyendo uno de los capítulos más significativos y fascinantes de la filosofía política”. El anterior dilema no es novedoso, ya que también puede ser nombrado como la oposición entre razón y voluntad, ley de la razón y ley de la voluntad, derecho natural y derecho positivo, así como entre Antígona y Creonte, tensión que atraviesa desde la antigüedad toda la filosofía jurídica y política (Ferrajoli, 2014: 34).

Al parecer, en un modelo de derecho anterior al constitucional, es decir, el modelo legislativo de derecho, representa un buen intento para que reinara el gobierno de las leyes (Díaz, 2010: 16-17). En este contexto, cabe citar a Montesquieu (2007: 183): “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (cit. en Ferrajoli, 2010:

209). Dicho de otra forma, en la instancia legislativa se concentraba la producción jurídica, simplificando con ello la actividad de los jueces como un mero servicio de la ley, esto es, “conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador” (Zagrebelsky, 2011: 33).

Es en el modelo denominado Estado constitucional de derecho donde los jueces tienen un mayor protagonismo a diferencia con el modelo legislativo. El cambio, en mayor medida, obedece por el tipo de constitución que se gesta en cada uno de los modelos de derecho. En efecto, uno de los autores que ha dedicado gran parte de su teoría para explicar dicho fenómeno jurídico es Ferrajoli. Para el autor italiano, existen tres modelos de derecho o paradigmas, los cuales corresponden a experiencias históricas desarrolladas en el continente europeo durante los últimos siglos: el paradigma jurisprudencial, el legislativo y el constitucional (Ferrajoli, 2014: 17). No podemos detenernos en analizar cada uno de los modelos, ya que no es nuestro objeto de estudio. No obstante, queremos destacar lo que propugna este autor con respecto al modelo constitucional, ya que nos servirá de punto de partida para nuestros análisis posteriores, pues, precisamente en dicho modelo, la posición del juez es especialmente relevante en el funcionamiento del sistema jurídico.

A criterio de Ferrajoli (2009: 18), son cuatro las transformaciones que el modelo constitucional confiere producto del constitucionalismo rígido. Así, en primer lugar, cambian las condiciones de validez de las leyes, esto es que ya no sólo se dependerá de la *forma* de producción, sino que también se debe de responder al test de la coherencia de los contenidos de los principios constitucionales. Por lo tanto, para obtener la validez de la norma, habrá que sortear el procedimiento formal y material o sustancial, dando como resultado un sistema normativo mixto en cuanto a su producción normativa (Cuenca, 2008: 187; Ansuátegui, 2006: 601-602; Guastini, 1999: 88).

La segunda transformación obedece al estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, o sea, la posible divergencia entre constitución y legislación se tiñe a un papel no sólo descriptivo, sino que se proyecta más crítico en relación con su propio objeto de estudio, a saber, la constitución (Ferrajoli, 2009: 18). Por su parte, se da una tercera posibilidad en el cambio del papel de la jurisdicción (tema central de

nuestro estudio), pues tiene la responsabilidad de invalidar las leyes mediante la denuncia de la inconstitucionalidad cuando esta no sea posible interpretarla a la luz del contenido constitucional.

Finalmente, hay una cuarta transformación que es especialmente relevante por las implicaciones que conlleva en términos democráticos, pues es, precisamente, la naturaleza de la democracia la que se ve modificada. En efecto, a partir de que la ley se subordina a los principios constitucionales equivale introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez (primera transformación señalada), sino que también sugiere que la democracia no es únicamente un procedimiento formal, como proponen por ejemplo Kelsen o Bobbio, sino que además, deberá añadirse una dimensión sustancial. Esto es, la democracia únicamente formal responde a las preguntas *quién y cómo* de las decisiones, mientras que la democracia sustancial responde a la pregunta *qué* puede ser decidido o debe ser decidido (Ferrajoli, 2010: 32). A partir de aquí, el autor construye lo que ha denominado como la “la esfera de lo indecible”, definida esta como el “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías” (Ferrajoli, 1998: 15; 2010: 102). La propuesta teórica que defiende es especialmente problemática, pues representa uno de los puntos de quiebra del propio Estado constitucional, ya que en cierta medida se ven suprimidos criterios democráticos con el objeto de salvaguardar los derechos e inclusive el propio sistema democrático. Empero, lo que queremos subrayar de la tesis del autor italiano tiene que ver con el papel que juega ahora el juez en el modelo constitucional, protagonismo que no ha pasado desapercibido por el teórico. Asimismo, es posible destacar otra postura similar con respecto a la figura del juez. Alexy (1994: 160) ha distinguido el modelo del legalismo (paleopositivista, en términos de Ferrajoli) frente al constitucionalismo, destacando algunas dimensiones que para el autor son esenciales para distinguir ambos modelos, tales como el valor frente a la norma, la ponderación frente a la subsunción, la omnipresencia de la constitución frente a la independencia del derecho ordinario y la omnipotencia judicial respaldada por la carta magna frente a la omnipotencia del legislador democrático, todo lo anterior dentro del marco de una constitución.

De igual forma, Pérez (1997: 547 y ss.) resalta un triple desplazamiento que se origina en los ordenamientos jurídicos democráticos y contemporáneos: de la primacía de la ley a la de la constitución; de la reserva de la ley a la de la constitución; y del control jurisdiccional de la legalidad al jurisdiccional de la constitucionalidad. Lo que queremos destacar es que, al igual que Ferrajoli, tanto Alexy como Pérez Luño señalan que la posición del juez en el modelo constitucional es distinta a la que vivía dentro del modelo legal. Sin embargo, lo anterior no puede ser cabalmente entendido si no hacemos una breve referencia al constitucionalismo como “movimiento intelectual en el marco del que adquiere sentido el Estado constitucional” (Ansuátegui, 2013: 224), así como el tipo de constitución que se diseña en dicho modelo.

Para definir qué es el constitucionalismo, debemos tener presente los desacuerdos con respecto a su significado, situación que complica bastante su análisis, ya que existen distintas versiones a las que nos podemos enfrentar. No obstante, un punto de partida general es definir el constitucionalismo como una doctrina que estudia la limitación del poder a través de límites jurídicos con el objeto de garantizar un catálogo de derechos fundamentales (Pozzolo, 2001: 26-27). De entrada, desde esta perspectiva podemos manifestar que el constitucionalismo es varias doctrinas que debaten y analizan las instituciones que limitan al poder. En otras palabras, tal como señala Nino (1997: 15), “en términos generales, todo mundo estaría de acuerdo en que constitucionalismo significa algo así como gobierno limitado”. Es de destacar que el constitucionalismo pertenece por completo al mundo moderno, no obstante, las herramientas y estrategias que ha adoptado para limitar al poder se remontan a épocas anteriores, que van desde el origen antiguo o medieval. Sin embargo, cabe señalar que fue hasta el mundo moderno donde el constitucionalismo logró consolidarse como doctrina (Fioravanti, 2014: 19; Macliwain, 1991: 125-135; Barberis, 2008: 125-135). Desde esta perspectiva, el constitucionalismo en todo caso sería la última etapa de un recorrido histórico y, en buena medida, la de alguna filosofía política en su intento de racionalizar al poder (Ansuátegui, 2012: 18). Es importante subrayar que los mecanismos y estrategias que limitan al poder corresponden al

mundo del derecho, por consiguiente, los límites de los que estamos hablando son jurídicos (Barberis, 2008: 135). Así, los mecanismos de los que el constitucionalismo echa mano para limitar al poder se pueden identificar perfectamente: el imperio de la ley, la separación de poderes, la rigidez constitucional o el control de constitucionalidad (Nino, 2003: 16-17). Al respecto, la función y el objeto del constitucionalismo como limitador del poder es lo que lo acerca al garantismo propuesto por Ferrajoli (2000: 39 y ss.).

Por su parte, la constitución que se está pensando es aquella con un determinado contenido que permita cristalizar uno de los objetivos de la teoría política liberal, es decir, “la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder” (Blanco, 1994: 29). Aquí cabría señalar que constitución y constitucionalismo no son sinónimos, pues precisamente el tipo de constitución que propugna el constitucionalismo, se presenta como una garantizada a través de distintos mecanismos que la hacen resistente frente a cualquier poder, incluso aquel representado por el pueblo. Así, dichos mecanismos jurídicos permiten que lleve a cabo una de sus funciones limitativas del poder político. Para lograr dicho fin deberá contener al menos dos condiciones: 1) que estén garantizados los derechos; y 2) que los poderes del Estado estén divididos y separados. Lo anterior empata con el concepto liberal de constitución que fue previsto ya hace bastante tiempo en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que estableció: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución” (Guastini, 2007: 16). Sin duda alguna, nos encontramos con la idea moderna de Estado de Derecho. En efecto, tal como ha señalado Díaz (2010: 31), “no todo Estado es Estado de derecho”, por consiguiente, obedece exclusivamente a aquel que se encuentre sometido a un determinado derecho, esto es, uno cuya finalidad sea limitar el poder y resguardar los derechos fundamentales. Siguiendo la misma fórmula expuesta, cabría entonces considerar que “no todo Estado con Constitución es un Estado constitucional” (Ansuátegui, 2013: 231). Por ello se insiste que la constitución demandada por el Estado constitucional y el constitucionalismo, es aquella que con un

contenido específico y arreglos institucionales que coadyuven en su defensa, contendrá los requisitos indispensables para hacer frente a cualquier poder, incluso aquel formado por el pueblo.

Pues bien, esta carta magna se ha considerado como “extremadamente invasora, entrometida”, a razón de lo que se ha denominado como “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, que no es otra cosa que una serie de rasgos que condicionan la legislación, la jurisprudencia e inclusive el estilo doctrinal. Al respecto, Guastini (2001: 153-164) se ha referido a siete “condiciones de constitucionalización”. No obstante, lo anterior no deberá verse como condiciones de todo o nada, es decir, habrá ordenamientos que contemplen algunos rasgos y otros no, por consiguiente, la constitucionalización puede ser una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Las siete condiciones de constitucionalización son las siguientes: 1) constitución rígida; 2) garantía jurisdiccional de la constitución; 3) fuerza vinculante de la constitución; 4) “sobreinterpretación” de la constitución; 5) aplicación directa de las normas; 6) interpretación conforme a las leyes; y 7) influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. No es posible detenernos en el análisis de cada uno de los elementos de la constitucionalización, sin embargo, queremos subrayar que, a criterio de Guastini, tanto el primero como el segundo elemento son condiciones que siempre deberán estar en un ordenamiento; de lo contrario la constitucionalización ni siquiera podría concebirse.

En definitiva, la constitución que demanda el modelo del Estado constitucional, es identificada con un cierto contenido y una defensa férrea de la misma. En este caso, tanto la rigidez constitucional como el control de constitucionalidad, son elementos insoslayables para la constitución. Sin embargo, existen algunas dificultades derivadas precisamente de la transformación que se ha suscitado en el modelo constitucional, donde no solamente se ha visto reforzada la carta magna, sino que también adolece de tensiones significativas. En el caso que nos ocupa, el juez constitucional tiene un especial protagonismo dentro del funcionamiento del ordenamiento jurídico, debido en gran medida por el proceso de materialización del derecho. En este sentido, cabría mencionar la tesis de La Torre (1993: 70) cuando

habla de “rematerialización” del derecho, o la “positivación o constitucionalización” del derecho natural empleado por Ferrajoli. Por rematerialización se entiende como “una creciente orientación de las normas estatales hacia valores sustantivos y su reformulación (por lo que concierne a su contenido) como actos administrativos, es decir, como intervenciones directas y específicas en todos los ámbitos de la vida”. Para La Torre, lo anterior supondría “la transformación del tradicional Estado de Derecho en Estado constitucional” (p. 71). Es pues un determinado contenido moral el que ahora se encuentra positivado en la constitución. Efectivamente, tal como lo confirma Habermas (1998: 545), “los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados Constitucionales modernos en derecho positivo”. Ferrajoli concuerda con todo lo anterior, pues para el autor la positivación ya no es exclusivamente del ser, sino también del deber ser del derecho, sometiendo así a todos los poderes del Estado. Esto es, a través de vínculos sustanciales que son los derechos fundamentales, se ata al legislador con límites formales y materiales, derivando con ello una transformación tanto para la validez del derecho como para la propia democracia, por una en sentido más amplio, es decir, sustancial. Así, en palabras del propio Ferrajoli (2014: 45): “es claramente que esta nueva dimensión sustancial de la validez retroactúa sobre la estructura de la democracia y del ejercicio democrático del poder, cuya legitimación ya no es sólo política o formal, es decir, fundada únicamente en el sufragio universal y en principio de mayoría, sino también legal o sustancial, o sea, fundada además en el respeto y la actuación de las normas sustanciales”.

Efectivamente, la constitución del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional, es un documento que se encuentra invadido por una serie de principios, valores y derechos, que hacen de ella un texto que tiene un punto de vista sobre la moral y la justicia, pero sobre todo se presenta como un código constitucional abstracto. Es decir, el contenido moral que contempla en muchas de las ocasiones no es claro y es más bien abierto e impreciso, lo que conlleva un importante crecimiento del “campo de lo justificable” (Ibáñez, 2015: 124). Por lo tanto, desde este punto de vista, “el juez está obligado a justificar de manera racional, a argumentar, lo

correcto o adecuado de su decisión” (Ansuátegui, 2012: 30). Lo anterior es precisamente el punto de quiebra frente a quienes cuestionan que el juez debe tener la última palabra, añadiendo que tendrán bastante margen de discrecionalidad para su actuación. Lo que implica, entre otras cosas, que el juez constitucional deba justificar su trabajo mediante una actitud responsable con los derechos, pero sobre todo, tener siempre presente el hecho de que vivimos en comunidades altamente plurales con distintas cosmovisiones, lo que añade dificultad a la labor del juez. Por otro lado, aunado a que el juez tendrá la última palabra, cabe advertir que también la interpretación. Lo anterior parece obvio pero es sumamente importante, ya que además de ser la institución la que decida finalmente algún tipo de controversia, será también el máximo intérprete de un documento llamado constitución que, como hemos visto, una de sus señas de identidad es que lleva un contenido altamente abstracto, dejando así un amplio margen para interpretar y moldear el derecho; situación que no necesariamente es la más plausible.

Expuesto lo anterior, consideramos que estamos listos para abordar nuestro tema capital, que como hemos visto, en el modelo constitucional de derecho el juez tiene una especial relevancia debido en gran medida por la incursión de derechos, principios y valores en la constitución. Son los jueces, precisamente, quienes tienen la última palabra con respecto a la interpretación de la constitución. Función que no deja de tener problemas si se observa bajo la lupa de la democracia.

El control de constitucionalidad: argumentos a favor

Consideramos que para adentrarnos a la tensión del juez en términos democráticos, es adecuado mencionar que los inconvenientes antes mencionados ya habían sido anunciados por Kelsen (1998: 143), siendo el principal responsable de la teoría de la protección jurisdiccional de la constitución, por lo que tenía presente los peligros que podría suscitar la justicia constitucional. Por tal razón, advertía abstenerse de todo tipo de “fraseología”, y si lo que se pretende es establecer principios relativos de las leyes, habrá que formularlos del “modo más pre-

ciso posible”, de lo contrario “el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”. Inclusive, desde esta perspectiva, la posición de Ferrajoli es similar a la de Kelsen, motivo por el cual lo lleva a diferenciarse del constitucionalismo principialista. A saber, para el autor italiano “el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la Constitución” (Ferrajoli, 2011: 50). En pocas palabras, se propone una constitución que podría denominarse como cerrada, aludiendo que “se requiere sólo ejecución o aplicación”, sugiriendo con ello entonces por parte de los jueces una dinámica más intensa pero menos expansiva (p. 50). Si entendemos bien, tanto Kelsen como Ferrajoli defienden el evitar abstracciones y cláusulas abiertas dentro de la constitución, que permitan en todo caso un amplio margen de actuación por parte del juez constitucional, evadiendo con ello un poder que efectivamente pueda ser insoportable y, desde cierto punto, peligroso.

Sin embargo, hay quienes propugnan que la constitución debe cumplir una función que podría denominarse como constitutiva, donde se podrá especificar aquello que pueda ser común para los ciudadanos. Lo anterior permitirá que las personas puedan identificarse con los preceptos abiertos, de tal forma que exista la posibilidad de deliberar en torno a ellos, entendiendo entonces la constitución como una “práctica política democrática” (Atria, 2011: 78). Desde esta perspectiva, Dworkin (2008: 195), al elogiar al texto constitucional de Estados Unidos, arguyó que es posible resguardar los derechos por medio de la abstracción de los mismos, permitiendo con ello un debate continuado con respecto a la mejor forma de interpretarlos. En igual sentido, Ferreres (2000: 33) señala que es precisamente la abstracción la que permitirá que la constitución rígida mantenga su legitimidad democrática. Así, la abstracción de los principios, derechos y valores, permitirá evitar en gran medida “la tiranía de los muertos sobre los vivos que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido”. A primera vista, la estrategia de llevar a sede constitucional formulaciones abstractas, abre la posibilidad de que únicamente se enmascare el conflicto en lugar de buscar resolverlo, logrando una serie de falsos acuerdos o consensos en torno a

los principios (Martí, 2006: 35). A su vez, habrá que confiar entonces en un intérprete constitucional que nos diga el significado y alcance de cada uno de los principios que se encuentran en el texto, así como la responsabilidad de resolver potenciales conflictos entre los mismos. Es pues aquí donde se suscita lo que se ha denominado como objeción democrática. Hay que advertir que la objeción puede darse en dos sentidos: el primero de ellos se da cuando una constitución determina petrificar un determinado contenido, esto es, que ni siquiera por la unanimidad del pueblo se pueda reformar lo que se ha considerado como intangible; el segundo, se conoce como objeción contramayoritaria, término acuñado por Bickel (1962: 16) y que se define como “la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes” (Gargarella, 1996: 13).

Nos encontramos entonces en lo que Fioravanti (2011: 163) ha expresado como “la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”. En todo caso, corresponde al constitucionalismo la carga de la prueba de esa incompetencia, y con ello evitar las críticas recibidas por quienes defienden un gobierno de mayorías (Ansuátegui, 2014: 183); es decir, “el desprecio por las masas, que son consideradas incapaces de gobernar” (Bobbio, 2003: 467). En adelante, nos dedicaremos a esbozar algunos argumentos que consideramos los más representativos en torno a la justificación del control de constitucionalidad, que son los planteados por Dworkin, Nino, Ferrajoli y finalmente Alexy. Antes, queremos mencionar que dicho análisis tiene ya una larga discusión desde que se consagró por primera vez el control judicial, hace más de doscientos años. Además, es importante destacar que no en todos los Estados se recurre a fórmulas idénticas de control, ni se acude a las mismas justificaciones para ello.

Pues bien, es por demás conocido que Dworkin (2004: 106) es uno de los mayores defensores de la justicia constitucional, al grado de considerar a dicha institución como la “contribución más importante que nuestra historia le ha dado a la teoría política”. Defiende que los derechos son una especie de cartas triunfo frente a la mayoría. Así, en palabras del propio autor, “los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen

derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” (Dworkin, 2002: 37). Así pues, se enfrenta a una de las cuestiones que mayormente se critica al control de constitucionalidad, es decir, se plantea si los jueces deben o no tomar decisiones políticas, pues este tipo de fallos se supone que deben ser tomados por funcionarios que son elegidos periódicamente por la comunidad política. En respuesta, el autor propone una distinción entre los tipos de argumentos políticos que puede elaborar el juez. En efecto, habrá argumentos basados en principios políticos, mismos que apelan a derechos, y argumentos fundados en políticas públicas. En este caso, considera que los argumentos y decisiones que tome el juez, deberán fundamentarse en principios políticos y no en políticas públicas (p. 27). Una vez hecha la distinción, el autor se dedica a probar que las decisiones por parte de los legisladores elegidos por la mayoría, no son el mejor mecanismo para resolver sobre cuestiones que tienen que ver con los derechos. Para ello, se detiene a analizar dos tipos de razones: institucionales y de equidad.

Respecto a las razones institucionales, considera que, al tratarse de decisiones en materia de derechos, será mejor tener el mayor número de información, lo que a su parecer se encuentra con más probabilidad en la judicatura. Así, el autor considera que el tipo de técnica indispensable para el análisis de los derechos es la coherencia especulativa, desarrollada de mejor manera en el seno de los jueces que en las legislaturas que votan los ciudadanos. Además de lo anterior, hay que agregar que los legisladores sufren de presiones, mientras que los jueces no, por lo que se encuentran en mejor posición institucional que los legisladores, probando que pueden resolver de mejor forma lo concerniente a los derechos (Dworkin, 2012: 43-44). Por consiguiente, los jueces constitucionales tienen la facultad y son los más aptos para llevar a cabo la “lectura moral de la constitución” (Dworkin, 2004: 102).

Por otro lado, en lo que corresponde a las razones por equidad, argumenta que es improbable que los órganos legislativos puedan llevar a cabo una decisión en materia de derechos que contraríe a un

grupo poderoso de la comunidad, provocando que se altere la estabilidad política. En este sentido, explica que, en el caso de los jueces, no tienen temor a efectuar alguna decisión, pues no les afecta la desaprobación popular. Así, a diferencia de lo que puede ocurrir con el órgano legislativo, los jueces pueden tomar decisiones sin temor a ser reemplazados. Por consiguiente, este tipo de fallos lleva a la Corte a ser vista como ilegítima, y en cierto modo la ciudadanía se queja no solamente de la decisión, sino de la naturaleza de la institución que la produjo, esto es, la menos democrática dentro del sistema. Además, la concepción que él defiende, proporciona una más amplia protección a las minorías, ya que, en el caso de los órganos legislativos, son más propensos para que los ricos ejerzan poder sobre ellos. Por lo tanto, a través del control de constitucionalidad, “las minorías ganarán poder político en la medida en que puedan tener un acceso efectivo a los tribunales, y en tanto las decisiones de los tribunales sobre sus derechos sean razonables” (Dworkin, 2012: 44-47).

Nino es otro de los autores que ha estudiado a fondo el control de constitucionalidad, y puede decirse que es un tema fundamental dentro de sus preocupaciones intelectuales. El propio autor se ha referido a ello, señalando que

sin una determinada justificación de la democracia y de cuáles son los límites de la democracia, estos problemas [...] como qué tipo de control de constitucionalidad debemos sostener [...], cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o [...] el alcance de la posible constitucionalización de los derechos sociales y lo que implicaría respecto a una intervención activista por parte del Poder Judicial en la preservación de esos derechos, no se podrían responder. Lo que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia y creo que éste es el tema central que deberíamos discutir (Nino, 1991: 85).

Es evidente que en la teoría de Nino, existe una conexión estrecha entre el control de constitucionalidad y una determinada concepción de la democracia, es decir, tal como señala Gargarella (2008: 203), “sobre el control judicial se inscribe dentro de su más amplia concepción acerca de la justificación de la democracia”. Por tal motivo, la

perspectiva de Nino (2003: 293) refleja una relación compleja de la concepción del control de constitucional con respecto a la democracia, que en este caso es la denominada deliberativa sumada a las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional. En otras palabras, la preocupación que se convierte en justificación del control de constitucionalidad deriva, entre otras cosas, del valor epistémico de la democracia que defiende, esto es, una serie de prerequisites que son indispensables, ya que sin estos elementos, la democracia no existiría. Las condiciones que pueden ser incluidas son “la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación” (p. 192). Estos derechos los ha denominado como “derechos *a priori*”, mismos que deberán ser respetados por las decisiones democráticas. Y, en atención a la salvaguarda de las condiciones democráticas, el autor justifica “abrir algunos resquicios para algún control judicial de constitucionalidad” (Nino, 1991: 125). Así, son tres las excepciones admitidas por el autor para activar dicho control, insistiendo que servirán para proteger únicamente las condiciones epistémicas de la democracia.

La primera excepción tiene que ver con el control de procedimiento, partiendo entonces de que el proceso democrático no es únicamente una actividad orgánica y espontánea, sino todo lo contrario, una actividad reglada. Así, las reglas del juego democrático responden afianzando su valor epistémico. Por lo tanto, para el autor habrá que garantizar que dichas reglas sean cuidadas y también que tengan una suerte de control, ya que la vigilancia de las mismas no puede llevarse a cabo por el propio procedimiento democrático. Es por eso que el Poder Judicial deberá ejercer el ejercicio de control de constitucionalidad para el cuidado de las reglas de la democracia; en otras palabras, que se cumplan las reglas y condiciones de los mecanismos de decisión y discusión. La judicatura, en este caso, adquirirá el rol (en términos de Hart, 1997: 97 y ss.) de *réferi* o árbitro del proceso democrático. Cabe señalar que Nino (1991: 128) es consciente de lo

controvertible que es determinar el alcance de los llamados derechos *a priori*, y distinguirlos de los derechos *a posteriori*. Así, en la búsqueda de una solución a dicha paradoja, se inclina por que los jueces se ocupen de garantizar aquellas cuestiones que son fundamentales, pues en caso de no atender como condición de una participación adecuada dentro del proceso democrático, su calidad se deteriora considerablemente al grado de desvanecer el valor epistémico de la democracia.

La segunda excepción va encaminada con la defensa de la autonomía personal. El autor demanda no interferir con la libre elección de ideales de excelencia personal, así como de los planes de vida que de ellos se pueden derivar. Por lo que la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción del requerimiento de imparcialidad. En este caso, en sus propias palabras, “los jueces no tienen razones para subordinar sus juicios morales a una ley democrática basada en ideales personales de virtud y excelencia. [...] En consecuencia, un juez, o cualquier ciudadano con fundamentos para efectuar una objeción de conciencia, debería considerar y eventualmente, poner a un lado cualquier ley perfeccionista u otras normas de origen democrático” (Nino, 2003: 278). Por lo tanto, el problema será determinar cuándo una ley trasgrede la autonomía de las personas. Al respecto, propone que los jueces deben centrarse en los fundamentos de la ley, que gozará la etiqueta de perfeccionista en caso de algún tipo de imposición de excelencia humana. Puede haber un caso contrario cuando la razón de adoptar alguna contraría el valor de la autonomía, esto es, proteger a terceras personas. Por lo tanto, los jueces podrán invalidar la legislación si el objetivo de esta es precisamente imponer un ideal de excelencia humana (Nino, 1989: 130; 2003: 279).

La tercera y última excepción que propone se refiere a la protección de la constitución como resultado de la acción colectiva. Esta excepción, a diferencia de las dos anteriores, no tiene nada que ver con las condiciones del proceso democrático, sino que se orienta más a la estructura del razonamiento jurídico justificatorio (Nino, 1989: 131). Aquí lo que se busca es que toda acción de los jueces (decisiones), a diferencia de otros órganos del Estado e inclusive de los propios ciu-

dadanos, son acciones institucionales, o sea, que se llevan a cabo en el marco de una práctica social, como es el derecho de una determinada comunidad. En suma, el papel de los jueces en esta tercera excepción es importante porque cuidan la eficacia de las decisiones democráticas. Por lo tanto, el propósito del control judicial de constitucionalidad es preservar la práctica social dentro de la cual dicha decisión opera, esto es, la constitución histórica (Nino, 2003: 280).

Ahora bien, Alexy (1994: 160) es otro de los defensores del control judicial de constitucionalidad. Prueba de lo anterior es su famosa frase “la omnipresencia de la Constitución da lugar a la omnipotencia de los tribunales”. La justificación de dicha omnipotencia de los tribunales, puede rastrearse en el constitucionalismo discursivo que defiende, el cual es una teoría que se construye a través de la relación de cinco conceptos: 1) los derechos fundamentales, 2) la ponderación, 3) el discurso, 4) el control de constitucionalidad y 5) la representación (Alexy, 2006: 1).

Según este autor, el control de constitucionalidad es “la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente –o en contra– de la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de las normas” (p. 11). Desde un inicio, es de destacar que la tesis que defiende Alexy (2010: 111; 1993: 67) se centra en la protección de los derechos fundamentales, definiendo a estos como “mandatos de optimización”. Así, justifica el control de constitucionalidad con un argumento valorativo, es decir, que prioriza los derechos fundamentales por sobre cualquier otra cosa. En palabras del propio autor, “la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada [...] a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad se puede basar en razones morales” (Alexy, 2013: 59).

Por otro lado, es consciente de los inconvenientes que conlleva justificar el control de constitucionalidad, es por ello que se basa en dos argumentos: el sustantivo (que son los derechos fundamentales)

y el procedimental. En torno al argumento procedimental, reconoce que el control de constitucionalidad únicamente se podrá legitimar si es compatible con la democracia, basándose en que “la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo” (Alexy, 2006: 14). Con lo anterior, el autor pretende acortar la brecha que existe entre el órgano menos representativo democráticamente, con respecto a aquellos que son elegidos directamente por el pueblo. A partir de aquí construye toda una teoría de la representación argumentativa, buscando justificar que un modelo democrático no debe basarse exclusivamente por el método de la regla de las mayorías, sino que también debe de incluir la argumentación, tornándose en una democracia deliberativa.

Siguiendo con nuestro análisis, Ferrajoli (2010: 208) es un autor que ha trabajado bastante los cambios que a su criterio han suscitado un cambio de paradigma acontecido en la segunda mitad del siglo xx en las democracias avanzadas, en el que se expande el papel del derecho y con este el campo de acción de la jurisdicción. En palabras del propio autor, “la sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos” (Ferrajoli, 2005: 93). Cabe recordar que su doctrina se distingue con respecto al principialismo, ya que se basa en consagrar los derechos fundamentales como reglas, atrincherando lo más posible el grado de discrecionalidad del juez. Es decir, habrá que promover el desarrollo del lenguaje lo más preciso y riguroso posible, y evitar con ello que el juez tenga un amplio margen de interpretación. Por tanto, la “vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso del lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política de una como de otra” (Ferrajoli y Ruíz, 2012: 83). Por consiguiente, en caso de que los derechos colisionen entre ellos, sostiene que los conflictos entre los derechos son mínimos, por lo que la actividad judicial se reduce a una tarea de aplicación de las normas.

Lo anterior, al criterio del autor, debería bastar para ahuyentar el “espantajo del llamado gobierno de los jueces que obsesiona a una parte de la filosofía jurídica y política” (Ferrajoli, 2013: 75).

Siguiendo con la justificación del control de constitucionalidad que defiende, son pues los derechos fundamentales los que darán pie a legitimar la actuación del juez constitucional. Es decir, la transformación que se suscita en el modelo constitucional, hace del juez un garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador. Así, semejante facultad legitima la actividad jurisdiccional explicando con ello su carácter “no consensual ni representativo” de los jueces, por tanto, habrá que garantizar total independencia al poder judicial con respecto a los otros poderes (Ferrajoli, 2010: 208). En otras palabras, “precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no hace verdadero ni falso lo que es verdadero” (p. 214).

Esta idea conecta con la concepción de democracia que puede ser identificada, a criterio del autor, en dos dimensiones. La primera puede ser denominada como formal (determina el *quién* y *cómo* de las decisiones), considerada como una condición necesaria fundada en la soberanía popular y regla de la mayoría; sin embargo, dicho criterio solamente formal no será suficiente para la protección de los derechos y de la democracia misma, por lo que propugna que debe darse una dimensión también sustancial, esto es, el *qué* se puede decidir y *qué* no se puede decidir. Por eso afirma:

Resulta desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales se circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible* por esa mayoría: de lo *no decidible que*, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales (Ferrajoli, 2001: 36; 2017: 231-241).

En este entendido, justifica la existencia de un diseño institucional que propugna una constitución rígida con un control de constitucionalidad que podría denominarse en sentido fuerte, asegurando con ello la dimensión sustancial de la democracia o, en palabras de Ferrajoli (2013: 29, 42-45), la democracia sustancial.

El control de constitucionalidad y la objeción democrática

El déficit democrático que caracteriza al constitucionalismo en su versión más fuerte es, precisamente, la entrega del poder de interpretar la constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos democráticamente, facultados constitucionalmente en tener la última palabra (Bernal, 2005: 33). En ambos casos, tanto la última palabra como el ser los últimos en interpretar la constitución, se hace presente la objeción democrática. Sin embargo, los problemas son mayores cuando la judicatura tiene la última palabra en la interpretación. Lo anterior ha sido objeto de calificativos, ya que los arreglos institucionales que delegan a que la judicatura retenga la última palabra interpretativa, suele denominarse como un constitucionalismo fuerte o elitista (Tushnet, 2013: 103-114; Salazar, 2013: 91). El telón de fondo que justifica dichos arreglos institucionales, viene acompañado en cierta medida por considerar potencialmente peligrosas a las mayorías. Es decir, uno de los filones verdaderamente clásicos en la reflexión en torno al constitucionalismo, es el posible peligro de que las mayorías tengan la última palabra. Ya hemos visto que una de las principales preocupaciones por parte de quienes defienden el control de constitucionalidad tiene que ver con atar las manos al poder, incluido aquel representado por las mayorías. Recordemos que Ferrajoli incluso ha señalado que ni siquiera por unanimidad se puede tocar el área de los derechos de una constitución. La idea entonces es que las mayorías pueden ser propensas a conculcar los derechos, por lo que habrá que establecer límites para que eso no suceda. Dicho en otras palabras, “que la mayoría, librada a su propia dinámica y no se oponen obstáculos que la contrarresten, no es que

pueda, sino que tiende en la práctica a violar los derechos” (Bayón, 2010: 318). Por ello, objetar democráticamente al control de constitucionalidad por tener la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos, para en cambio promover que la mayoría tenga en sus manos dicha potestad, sería como encomendar “al lobo al cuidado de las ovejas” (p. 318; Ibáñez, 2003: 34).

Quizá uno de los textos de mayor influencia en la ciencia política, con respecto a los peligros que pueden suscitar las mayorías, es sin lugar a dudas el escrito núm. x de lo que ahora conocemos como *El Federalista* o los llamados “documentos fundacionales de la justicia constitucional” (Prieto, 2009: 164). En dicho documento, Madison dejó al menos dos cosas muy claras: la primera va en el sentido de que el nuevo orden debía estar fundamentalmente orientado a impedir los actos de las facciones; segundo, que los comportamientos facciosos mostraban tendencias más bien propias e inevitables en las asambleas legislativas o parlamentos (Gargarella, 1996: 31). En efecto, la idea de facciones era identificada con las mayorías, y Madison consideraba que cuando una mayoría se encuentra unida, las minorías pueden verse vulneradas en sus derechos (Hamilton, Madison y Jay, 2004: 38). Sin embargo, el argumento de las minorías puede adolecer de cierta confusión, y más si se fundamenta con los argumentos empleados desde el origen del control de constitucionalidad norteamericano, ya que lo que se entendía por minoría hacía referencia a la protección de personas que vivían en opulencia frente a la mayoría. En definitiva, el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos, al menos desde esta visión, obedece a la protección de un determinado grupo que efectivamente era minoritario, pero no por ello dejaba de tener una importante injerencia en la toma de decisiones del país norteamericano. Así, tal como señala Gargarella (1996: 34): “Como conclusión, entonces, puede señalarse que la Constitución norteamericana no sólo resultó sesgada ideológicamente en contra de las mayorías, sino que, además, dicho sesgo tuvo como objetivo la particular protección de un cierto grupo minoritario: el grupo de los socialmente más aventajados”. Lo anterior es importante, pues uno de los arietes de batalla en contra de los posibles excesos de la mayoría es, precisamente, la protección de las minorías. En este caso, el diseño

institucional del control de constitucionalidad favorece a un cierto grupo que, en efecto, es minoría, pero se caracterizan por ser personas con un estatus privilegiado dentro de la sociedad norteamericana.

Además de lo anterior, existen dos posturas con respecto a los riesgos que conllevan las mayorías. El primero de ellos va en el sentido de que no todas las personas pueden entender las mismas cosas, es decir, que la mayoría de la población tiene dificultades para encontrar los verdaderos intereses del Estado. Lo que indica, entonces, que las mayorías pueden ser miopes para poder establecer ciertas pautas de relaciones sociales que conlleven a una adecuada organización social. La idea anterior es ampliamente defendida por Hamilton, uno de los padres de la Constitución norteamericana, quien en *El Federalista* núm. xxxi, desde las primeras líneas plantea el principal argumento: “En las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los que se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios consisten en una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento y se impone el asentamiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto, es porque existe algún desorden o defecto en los órganos perceptivos, o la influencia de algún gran interés, pasión o perjuicio” (Hamilton, Madison y Jay, 2004: 123). Ahora bien, siguiendo en este punto a Gargarella, la posición de Hamilton bebe de la teoría de Locke, padre del liberalismo moderno, que afirmaba que hay “verdades primarias” en torno a los derechos conocidos como naturales, y que tales verdades no podían ser igualmente percibidas por todas las personas. Así, en este entendido, existen ciertos hechos que no pueden ser captados por todas las personas, lo que presupone un riesgo constante (Gargarella, 1996: 27).

Sumado a que no todas las personas pueden captar la misma información por las causas ya descritas, el segundo argumento es que las mayorías tienden a actuar de forma irracional y se dejan llevar por las pasiones más que por la razón. Es nuevamente el pensamiento de Hamilton quien defiende la base de este criterio, complementado por Madison. En *El Federalista* núm. LXXVI, Hamilton argumenta: “La responsabilidad única e indivisa de un solo hombre dará naturalmente por resultado un sentido más vivo del deber y un cuidado más

estricto de su reputación. [...] severá menos en peligro de que lo extravíen los sentimientos amistosos o afectivos” (Hamilton, Madison y Jay, 2004: 323). Por su parte, Madison pone de manifiesto que, cuanto mayor sea el número de integrantes de una asamblea, será mayor el riesgo del predominio de la pasión sobre la razón; así como entre más sea el número, será también la proporción de información, ya que será limitada por su falta de capacidad para percibirla (p. 211).

Es evidente el temor que se tienen por las mayorías, que además de considerarlas hasta cierto punto no aptas para poder decidir sobre cuestiones que atañen a su vida cotidiana, se argumenta que actúan de forma irracional guiadas por las pasiones. Inclusive, se ha señalado que las mayorías parlamentarias no son el mejor vehículo para la defensa y protección de los derechos, ya que están interesadas en todo momento en que la mayoría popular las reelija (Elster, 1993: 170). Ahora bien, si trasladamos ambos argumentos a la sede de la judicatura, pareciera entonces que los jueces no pueden ser arrastrados por las pasiones y que son personas que siempre actuarán de forma racional, aunado a que son seres de un alto conocimiento para encontrar siempre la respuesta correcta en los casos que podrían denominarse difíciles. En este entendido, Bayón (2010: 321-325) nos explica que no existe ninguna razón con el suficiente peso para dar por sentado que los ciudadanos o los legisladores actúen sistemáticamente movidos por las pasiones o por consideraciones de interés propio, así como no necesariamente los jueces son inmunes a toda consideración de semejante naturaleza. Por lo tanto, “la mayoría no tiene por qué ser hostil a los derechos de una minoría”.

Retomando lo visto en párrafos anteriores, una de las señas de identidad de la constitución del Estado constitucional es, efectivamente, un ordenamiento repleto de derechos, principios y valores que tienen la característica de ser imprecisos, oscuros y abstractos, lo que conduce a una interpretación extensiva de lo que significa el texto constitucional, labor que demanda, entre otras cosas, una seria responsabilidad por parte de los poderes del Estado. Pero es, precisamente, el juez constitucional quien tiene la última palabra y un amplio margen para moldear el significado y alcance de los derechos. En efecto, “en algunos casos, los jueces incorporan al texto soluciones

normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas al mismo” (Gargarella, 1997: 59). Es por ello que la famosa dificultad contramayoritaria cobra especial fuerza, pues ya no estamos hablando de un juez que actúa automáticamente, sino que lleva a cabo todo un ejercicio reflexivo de interpretación y ponderación de los derechos. Así, el órgano que no ha sido elegido democráticamente, tiene la facultad constitucional de decidir, aun cuando se podría dar el caso de que dicha decisión pueda contrariar los intereses de la mayoría. Es decir, “el problema consiste, para la democracia constitucional, en saber por qué el poder discrecional necesariamente implicado por esta tarea interpretativa debe conferirse a unos jueces no elegidos” (Sunstein, 1999: 353). Por tanto, señala Gargarella (1997: 60), los jueces se hicieron cargo de una tarea que al parecer no estaban asumiendo, y es precisamente la “de reemplazar a los legisladores – a la voluntad ciudadana, en general– en la solución de cuestiones fundamentales”. El problema ha sido capturado en un famoso aforismo norteamericano: “Nos rige una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es” (Hogg y Bushell, 2014: 18). Al respecto, un poco más severo en su crítica, Waldron (2005: 254) reprocha que los derechos se ponen en serio peligro cuando se deja a “un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos que sólo se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean”.

A juicio de Ferreres, existen tres circunstancias a considerar que dan lugar a la dificultad contramayoritaria: a) la menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional; b) la rigidez de la constitución; y c) la controvertibilidad interpretativa de la constitución. Lo que se reclama en la primera de las circunstancias, en efecto, es que ley proviene de una asamblea que es elegida democráticamente de forma periódica por medio del sufragio universal. En cambio, el juez no es elegido directamente por el electorado. Con respecto a la segunda circunstancia, el trabajo que conlleva una reforma constitucional evita que el Parlamento fácilmente pueda neutralizar el poder del juez constitucional, pues debe aplicar un procedimiento de reforma que es considerablemente gravoso. Finalmente, la tercera circunstancia que da lugar a la objeción contramayoritaria, hace referencia a los con-

ceptos especialmente controvertidos, así como la colisión de diversas disposiciones. Habrá que ser conscientes que estas las circunstancias pueden presentarse en distintos niveles o grados, esto es, que se puede dar una mayor o menor intensidad en cada una de las circunstancias descritas (Ferrerres, 1997: 42-43; Vázquez, 2010: 390-391).

Ahora bien, insistiendo un poco más en la primera circunstancia que señala Ferrerres con respecto a la legitimidad democrática de origen, siguiendo a Gargarella, se puede refutar considerando el argumento “histórico”, donde se afirma que no es verdad que la constitución refleja la voluntad del pueblo. Por ejemplo, en el caso particular de Estados Unidos, se podría ratificar por medio de una investigación histórica que buena parte del pueblo resultó directamente ignorado o excluido cuando se llevó a cabo su redacción. Así, los esclavos, las personas de color, las mujeres y todos aquellos que no gozaban de un estatus privilegiado, no participaron ni directa o indirectamente en el proceso constitucional (Gargarella 1996: 54). En igual sentido, Nino (1991: 123) señala: “la mayoría de las constituciones contemporáneas estables han sido sancionadas por procedimientos sumamente defectuosos desde el punto de vista de la ortodoxia democrática”. Inclusive, si lo anterior no fuera suficientemente fuerte, pensemos entonces en una constitución en la que ya han pasado varias generaciones, donde exista la posibilidad de que el acuerdo inicial se llevó a cabo lo más democráticamente posible, por lo tanto, ¿cómo es posible defender con el correr del tiempo un consenso del pasado que ahora está afectando los intereses del presente? Dicho en otros términos, “¿qué razones vamos a tener, si es que se presenta un caso semejante para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?” (Gargarella, 1996: 55; Carrio, 1991: 148). Este argumento es mejor conocido como *intertemporal*, desarrollado ampliamente por Ackerman (2015: 36 y ss.), una voz reconocida del constitucionalismo norteamericano.

Otro de los argumentos que se reprochan al control de constitucionalidad, tiene que ver con el aislamiento de la judicatura. Esto es, lo que algunos ven con ventaja que los jueces constitucionales gocen de una suerte de independencia a la hora de establecer la última palabra,

hay quien demanda que dicho estatus puede acarrear serios inconvenientes, ya que puede implicar un cierto elitismo epistemológico que pueda generar una brecha entre la realidad de las personas involucradas, así como dificultades a la hora de identificar los intereses reales de un determinado grupo (Gargarella, 1997: 55-70). Desde esta misma perspectiva, hay quien considera que aislar a los tribunales “supone correr el riesgo de que devinieran tiránicos y socavaran su legitimidad” (Bellamy, 2010: 57).

Además, hay que destacar que la posición del juez constitucional es el fiel reflejo “de una clase privilegiada” (p. 57). Incluso Dworkin (2012: 44-47) era consciente de determinada dificultad, ya que es común que las personas que llegan a ocupar los cargos judiciales son de un estrato social acomodado que les permite no ser víctimas de vicisitudes, a diferencia de otros grupos sociales con menos recursos. Sumado a lo anterior, existe un aspecto que es importante considerar, y tiene que ver con el número de personas por las que se integra tanto la legislatura así como la judicatura. Es decir, el primero hace suponer que son más aptas para dar cuenta del pluralismo social de una determinada comunidad, pues la diferencia numérica permite pensar que se representa a toda la población. Empero, habrá que admitir que en ocasiones ciertos grupos no se encuentran representados en el Parlamento y que, en efecto, la vía judicial puede ser el medio para que puedan ser escuchados sus reclamos e intereses; a pesar de la fortaleza del argumento, no siempre resulta cierto que todas las voces y perspectivas serán consideradas, al contrario, hay quien afirma que podría reducirse a una óptica escueta, o sea, entre demandante y demandado (Moreno, 2011: 119).

En definitiva, el ejercicio aquí visto da cuenta de lo problemático que es defender el control de constitucionalidad en términos democráticos. Tensión que dará la pauta para seguir debatiendo en torno a las distintas dimensiones que rigen el debate. No obstante, consideramos que en cierta medida, el constitucionalismo en ese afán de limitar a poder a través de instituciones, como el control de constitucionalidad, ha dejado de lado parámetros democráticos trascendentales que permitan tener una sociedad más activa y menos pasiva en la vida democrática de un Estado. Al respecto, Zagrebelsky (2013: 38) tiene

razón al reclamar al constitucionalismo su falta de sensibilidad con la democracia, lo que pareciera ser el gran desafío del constitucionalismo. Así, en palabras del autor italiano: “El constitucionalismo ha tenido una historia. La cuestión es si tendrá una historia. La tendrá en tanto consiga incorporar en la democracia, sin anularla o humillarla, la dimensión científica de las decisiones políticas. Éste, me parece, es el último desafío del constitucionalismo, su última metamorfosis”.

Reflexiones finales

La primera reflexión que se nos viene a la mente tiene que ver con la seriedad que debe tomarse la dificultad contramayoritaria. Es decir, no basta con argumentar que las mayorías pueden ser susceptibles de presentar anomalías a la hora de tomar decisiones, ni tampoco es viable rechazar la función de los jueces constitucionales. En efecto, habrá que explorar y debatir posiciones que podrían considerarse intermedias para resolver la tensión en términos democráticos que aquí hemos tratado de desarrollar. Un ejemplo al respecto ha sido propuesto por Bayón, quien defiende un constitucionalismo más en sentido débil, esto es, un diseño institucional en el que pueda darse una especie de dialogo entre el Parlamento y el poder judicial, aumentando con ello la calidad deliberativa de los procesos de decisión (Bayón, 2010: 354-355; Martí, 2006: 292).

En todo caso, consideramos que la mayor participación del pueblo en la toma de decisiones, propiciará un incremento en la calidad del debate; esto a pesar de las múltiples y afinadas advertencias de los constitucionalistas en un sentido fuerte con respecto a los peligros que pueden suscitar las mayorías. En cambio, analizar las bondades que ofrecen los diseños institucionales que propugnan una democracia en términos deliberativos, en el que se procura asegurar el proceso de toma de decisiones, se asiente en un diálogo inclusivo (Gargarella, 2014: 124). Desde esta visión, la teoría de Habermas (1998: 420 y ss.) puede ser especialmente importante, ya que las decisiones que se tomen estarán justificadas pues todas las personas intervienen en los procesos de discusión desde coordenadas igualitarias.

Por último, insistimos cuánta razón tenía Bobbio (2001: 167) con aquella pregunta insistente: “¿Cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres?”. La respuesta ha dado lugar a múltiples debates, constituyendo “uno de los capítulos más significativos y fascinantes de la filosofía política”. Al parecer, seguiremos reflexionando y explorando la pregunta insistente que seguirá en los reflectores de quienes buscamos adentrarnos a un debate que dista bastante por resolverse (al menos, por ahora).

Bibliografía

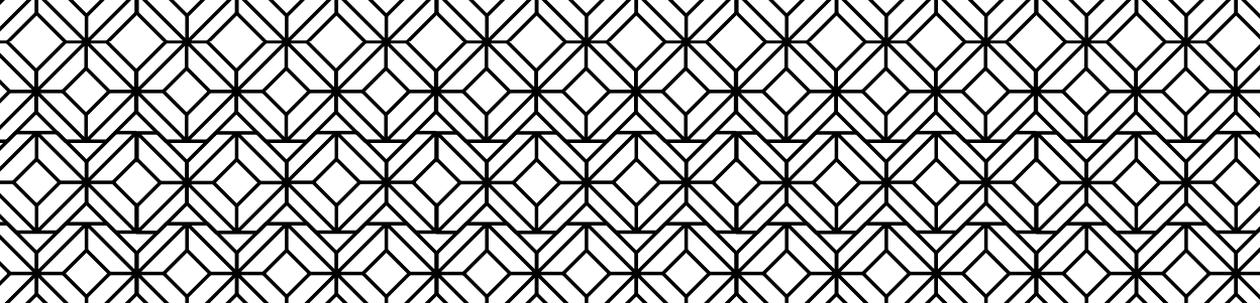
- ACKERMAN, B. (2015). *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Madrid: Instituto de Altos Estudios Nacionales-Traficante de Sueños.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En A. I. Perfecto y A. Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM.
- ALEXY, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En M. Carbonell y L. García (eds.), *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- ALEXY, R. (2013). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J. C. Henao (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ANSUÁTEGUI, F. J. (2006). Positivismo jurídicos y sistemas mixtos. En J. A. Ramos y M. A. Rodilla (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. España: Universidad de Salamanca.
- ANSUÁTEGUI, F. J. (2012). Jueces constitucionales (garantía de la Constitución y responsabilidad). *Estudios Socio-jurídicos*, 14.
- ANSUÁTEGUI, F. J. (2013). *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid.
- ANSUÁTEGUI, F. J. (2014). Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En F. M. Mora, *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*. México: Fontamara.

- ATRIA, F. (2011). Lo que importa sobre los principios. En F. Carbonell, R. Coloma y R. Letelier, *Principios jurídico. Análisis y crítica*. Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- BARBERIS, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.
- BAYÓN, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell y L. García, *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- BERNAL, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Colombia: Universidad de Externado.
- BELLAMY, R. (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Barcelona: Marcial Pons.
- BICKEL, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BLANCO, R. (1994). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- BOBBIO, N. (2001). *El futuro de la democracia*. Ciudad de México: FCE.
- BOBBIO, N. (2003). La regla de la mayoría: límites y aporías. En N. Bobbio, *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- CARRIO, R. (1991). Una defensa condicionada de la Judicial Review. (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina). *Cuadernos y Debates*, 29.
- CUENCA, P. (2008). *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson.
- DÍAZ, E. (2010). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus.
- DWORKIN, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- DWORKIN, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En H. Harold y C. Ronald, *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R. (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona: Paidós.
- DWORKIN, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- ELSTER, J. (1993). Régimen de mayorías y derechos individuales. En *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (1998). Diritti fondamentali. *Teoría política*, XIV(2).
- FERRAJOLI, L. (2000). Garantismo. *Jueces para democracia*, 8.
- FERRAJOLI, L. (2001). Derechos fundamentales. En A. de Cabo y C. Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2005). El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. En M. Atienza y L. Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM.

- FERRAJOLI, L. (2009). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, 34.
- FERRAJOLI, L. (2013). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. II. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2017). *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. y Ruíz, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- FERRERES, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERRERES, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa*, 23.
- FIORAVANTI, M. (2011). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2014). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- GARGARELLA, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, 6.
- GARGARELLA, R. (2008). Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Carlos Nino. En A. Marcelo, G. Roberto y F. R. Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*. Buenos Aires: La Ley.
- GARGARELLA, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Argentina: Siglo XXI.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano. En R. Guastini, *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- GUASTINI, R. (2007). Sobre el concepto de Constitución. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.

- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- HAMILTON, A., Madison, J. y Jay, J. (2004). *El federalista*. México: FCE.
- HART, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*. Colombia: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores.
- HOGG, P. W. y Bushell, A. A. (2015). El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas. (O quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Argentina: Siglo XXI.
- IBÁÑEZ, P. (2003). Derecho y justicia en el siglo XXI: más difícil todavía. *Jueces para la democracia*, 48.
- IBÁÑEZ, P. (2015). *Tercer en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- KELSEN, H. (1998). La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional. En H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate.
- LA TORRE, M. (1993). Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16.
- MACLIWAIN, C. (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MARTÍ, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- MONTESQUIEU (2007). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- MORENO, D. (2011). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NINO, C. S. (1989). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NINO, C. S. (1991). La filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4.
- NINO, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- PÉREZ, A. (1997). Estado constitucional y derechos de la tercera generación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI.
- POZZOLO, S. (2001). *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín: Giappichelli.
- PRIETO, L. (2009). Constitución y democracia. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- SALAZAR, P. (2013). *La democracia constitucional. Una radiografía histórica*. México: FCE.

- SUNSTEIN, C. R. (1999). Constituciones y democracias: epílogo. En J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*. México: FCE.
- TUSHNET, M. (2013). La Judicial Review de la legislación. En *Constitucionalismo y Judicial Review*. Perú: Palestra.
- VÁZQUEZ, R. (2010). Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario. En M. Carbonell y L. García, *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- ZAGREBELSKY, G. (2013). *Constitucionalismo. Derechos y libertades*.



La dimensión democrática del juez

CÉSAR GUILLERMO RUVALCABA GÓMEZ

Introducción

La historia de la organización de las sociedades se encuentra determinada en gran medida por su forma de comprender y dimensionar la justicia. Es una historia contingente y dinámica, donde la evolución permanente no es una excepción, sino una característica constitutiva. Sin embargo, el inédito ritmo de las transformaciones presentes ha puesto de relieve la imposibilidad institucional de asumir la velocidad dinámica de los cambios. Hoy la palabra *crisis* ocupa un lugar central en la literatura especializada que intenta explicar todo orden preestablecido. El Estado se muestra incapaz de ofrecer soluciones y esto genera en la sociedad una sensación sistemática de ingobernabilidad, en donde pareciera que las democracias contemporáneas empiezan a dar cuenta del impacto de una realidad conectada y global.

En la lógica de esta crisis, aparece un elemento que trasciende a todos los demás: la percepción de ilegitimidad institucional como resultado del decremento de la dimensión democrática. Este agotamiento obedece, entre otras cosas, a la deriva liberal del modelo democrático representativo que caracteriza a los Estados occidentales. El fortalecimiento de una determinada visión de los derechos humanos, el arraigo de una cultura garantista y *defensiva* del orden

constitucional y la generalización progresiva del revisionismo judicial de la ley, son sólo algunos ejemplos de esta tendencia que se percibe en detrimento del componente democrático y del principio de soberanía.

En este capítulo se intenta mostrar la necesidad de recuperar la dimensión democrática del juez dentro del entramado (neo)constitucionalista vigente, como premisa para aumentar su legitimación. Se propone comprender a la figura del juez desde la perspectiva de un agente activo que se asume como instrumento fundamental de interacción social, y no como parte de una élite de intérpretes de la ley encerrados en sí mismos. Este trabajo se centrará en dicha perspectiva y las condiciones institucionales y materiales disponibles en el sistema contemporáneo para lograrlo.

En este análisis se plantea la emergencia de una denominada *post-soberanía* como resultado de la fragmentación creciente del espacio público y su consecuencia directa en la incapacidad de una correcta separación de poderes. Esta fragmentación permite la proliferación de esferas de poder que no pueden ser limitadas ni gobernadas de la manera tradicional del constitucionalismo democrático en virtud de una nueva realidad global.

En un escenario postsoberano, el constitucionalismo ha buscado esquemas capaces de recuperar su dimensión democrática y restituir el equilibrio necesario. Como parte de estos esquemas, se analizarán las tesis del constitucionalismo popular desde la visión expuesta principalmente por Tushnet (1999, 2003 y 2006), Kramer (2004, 2005 y 2011), y la propuesta del uso de la justificación como razón pública presentada por Dyzenhaus (1996 y 2015) y Hunt (2015).

Sin embargo, analizar las perspectivas constitucionales implica observar al elemento constante que ocupa un lugar preponderante en todo entramado constitucional: el juez. El fortalecimiento del rol que ha venido desempeñando en las últimas décadas lo ha colocado en un espacio privilegiado de toma de decisiones, produciendo con ello un ciclo de empoderamiento que, aun así, no lo exime de la multiplicidad de críticas sobre su desempeño. Estamos ante un debate entre la necesidad de salvaguardar al juez de la volatilidad de la opinión pública a través de garantizar su plena independencia o recuperar su dimensión democrática.

tica, de tal manera que se evite su distanciamiento progresivo con los ciudadanos. Distanciamiento que puede terminar con la ruptura de la conversación pública y aumentar la desconfianza de la sociedad en las leyes que los protegen y en los dispositivos de impartición de justicia.

En este sentido, se dedica un apartado para evaluar las posibilidades –y sobre todo la necesidad– de recuperar la dimensión democrática del juez a través del análisis de la función estratégica que desempeña dialógicamente en la configuración institucional y en el entorno social. Finalmente, en el último apartado se proponen ciertos instrumentos deliberativos que fortalezcan la conversación pública y que promuevan la recuperación del equilibrio democrático extraviado.

El constitucionalismo postsoberano

Más allá de la histórica conflictividad entre el derecho, la democracia y la constitución, el entorno global contemporáneo ha puesto de manifiesto la quiebra de algunos de los principios fundamentales que sostenían el modelo democrático representativo y el constitucionalismo tradicional. Se habla así de un desacoplamiento entre territorio, autoridad y derechos (Sassen, 2010: 253), donde la soberanía debe dejar lugar a un nuevo concepto de legitimación postsoberano¹ que sea capaz de justificarse democráticamente.

Referirnos a una realidad postsoberana implica comprender a la sociedad actual dentro de un paisaje caracterizado por un extraordinario proceso de aceleración e intensificación de las relaciones sociales. Una especie de compresión del tiempo y del espacio al que se ha dado por denominar globalización (Greppi, 2012: 92). Esta dinámica global supera cualquier intento de situar los límites de las comunidades políticas comprendidas dentro del Estado-nación.

El proyecto institucional del constitucionalismo democrático no cuenta con los instrumentos suficientes para hacer frente a los desafíos que implica esta nueva realidad asimétrica e irregular. En esta lógica, la sociedad permanece como espectadora impotente ante

¹ Sobre el concepto de postsoberanía, consúltense Arias (2016) y Cabezas (2013).

la disolución de las fronteras que delimitaban los distintos poderes públicos y privados. Se tiene la impresión de que aquellas líneas, previamente establecidas para organizar el Estado democrático, se han vuelto líquidas, difusas e incontrolables. De lo anterior, se desprende que la división tradicional de poderes atraviesa una especie de “confusión” de poderes (Greppi, 2012: 93), que propicia nuevas formas de poder financiero, de comportamiento de mercados, de producción de tecnologías o de novedosos medios de comunicación que escapan a los límites del control estatal.

El derecho codificado, que había servido como columna vertebral del modelo de constitucionalismo democrático, ha ido disolviéndose progresivamente a partir de la segunda mitad del siglo xx. Este tipo de derecho de carácter regulativo y respaldado por el monopolio del poder coactivo del Estado, se muestra hoy ineficaz e ineficiente para administrar la complejidad de una sociedad en vertiginosa transformación. De esta forma, el constitucionalismo tradicional es incapaz de ofrecer resistencia y control al poder económico, al mismo tiempo, y tal vez con peores consecuencias, que resulta incapaz de satisfacer las crecientes demandas sociales, “lo que ha significado la retirada del Estado del bienestar y de la mayoría de las promesas que la modernidad había hecho a sus ciudadanos” (Bauman y Bordoni, 2016: 48). De esta crisis del constitucionalismo ha derivado la hipótesis de ingobernabilidad como concepto recurrente entre círculos académicos y especializados; aunque debemos reconocer que la percepción de ingobernabilidad viene de mucho más lejos. Prácticamente con el declive del consenso socialdemócrata ocurrido al término de la Segunda Guerra Mundial,² empezó a quedar de relieve una serie de desequilibrios estructurales que cuestionaban la legitimidad del modelo establecido.

Conforme han transcurrido las últimas tres décadas, lejos de corregirse, el cuestionamiento sobre la viabilidad y pertinencia del derecho constitucional como mecanismo de control y equilibrio entre los poderes públicos y los intereses privados, se ha agravado. Esta

² Algunos autores toman como referente del declive socialdemócrata un informe sobre la crisis de la democracia, presentado en 1975 ante la Comisión Trilateral y realizado por Crozier, Huntington y Watanuki.

quiebra democrática se manifiesta en un derecho que se hace fuerte con los débiles y débil con los fuertes. En esta situación, retoma sentido aquella pregunta que ya se hacía Weber hace más de un siglo: ¿el derecho sigue siendo el principal factor de racionalización de las sociedades modernas? (Weber, 1964: VII.5.). Esta reflexión sigue siendo válida, si entendemos que el derecho no sirve solamente para regular normas de comportamiento o para institucionalizar principios morales compartidos en una sociedad; el derecho también sirve como fundamento organizacional y como control al poder estatal. Es decir, no garantiza solamente la autonomía y la libertad privada, “sino que genera instituciones estatales, procedimientos y competencias” (Habermas, 1998b: 212). En este sentido, el derecho puede ser también la premisa que promueva un nuevo orden institucional más incluyente a través de su transformación, aunque para ello deba reinventarse y dejar atrás el modelo de constitucionalismo tradicional cimentado en un derecho codificado, sistemático y coherente.

La deriva liberal del constitucionalismo

El constitucionalismo democrático es la combinación de una exigencia liberal y una democrática: la garantía de los derechos individuales y el reconocimiento a la igualdad política (Greppi, 2012: 41). En las últimas décadas se ha incrementado el carácter *pasivo-defensivo* de carácter liberal que se centra en la función garantista de la constitución. Al mismo tiempo, la dimensión democrática ha disminuido como consecuencia de múltiples factores, entre ellos el proceso gradual y sostenido de desconexión entre la sociedad en general y sus representantes.³

Mair (2015: 28-29) señala la necesidad de hacer una distinción clara entre la democracia constitucional y la democracia popular. Sostiene que la democracia constitucional es la que pone el acento en la necesidad de imponer frenos y equilibrios entre las instituciones, y se comprende como un gobierno *para* el pueblo. La democracia popular, por otro lado, hace hincapié en el papel del ciudadano común y la participación popular de las masas para que exista un gobierno *del* pueblo. Para este

³ Para un análisis completo sobre esta cuestión se puede consultar Mair (2015).

autor, lo que ha triunfado en la democracia es el sistema constitucional, el de las instituciones y los contrapesos *para* el pueblo pero no *desde* el pueblo. Esta materialización democrática le ha pasado por encima al componente popular para ajustarse a la exigencia liberal.

Pero el triunfo de la forma liberal-constitucional del modelo democrático es muy relativa. A pesar de la expansión de este modelo a través de su imposición en diversos países con su “efecto de contagio” (Huntington, 1998: 53) y del arribo de la denominada tercera ola de la democracia, es evidente que cada vez surgen más voces que reclaman el alejamiento sistemático de las élites responsables de la impartición de justicia y la sociedad. Se percibe que el derecho es una cuestión que sólo compete a técnicos y especialistas, mientras que la sociedad permanece marginada de los debates acerca de sus propios derechos.

Entonces la democracia constitucional, que vence a los enemigos externos y coloniza nuevas latitudes, resulta cada vez más incapaz de vencer sus propias contradicciones internas. Estas contradicciones surgen de un sistema político que, para ser reconocido como democrático, tiene que reivindicar algunos principios fundamentales, como la libre elección de sus representantes y el imperio de la ley. Bajo el concepto de soberanía popular, el respeto a la ley se sostiene en la ficción de que sus postulados normativos son el resultado del consenso de todos los ciudadanos expresados a través de sus representantes. Pero el distanciamiento entre representantes y representados ha convertido a la soberanía popular en algo tan carente de sentido como irrelevante. Ante la quiebra de este principio neurálgico de legitimidad, el derecho y la constitución también resienten el correspondiente embate deslegitimador.

Los actores relevantes que conformaban la columna del constitucionalismo democrático han quedado desplazados por esta “revolución silenciosa” (Held y McGrew, 2002), que ha ocurrido de manera progresiva y casi imperceptible. Estas transformaciones han reivindicado la idea del *buengobierno* o *governance* (Prats, 2005: 149) como esquema capaz de justificar que los Estados dejen de ser agentes reguladores y proveedores de servicios para convertirse en simples catalizadores, habilitadores, orientadores y constructores de consensos.

Existe la idea de un creciente multilateralismo ilustrado, reflejado en el proceso de institucionalización de un nuevo orden global donde se están redimensionando los marcos organizativos del derecho y la sociedad. Este redimensionamiento pasa por el debate sobre poner el acento en lo tecnocrático o en lo democrático del nuevo constitucionalismo. Han surgido visiones como el enfoque cosmopolita de la justicia,⁴ que sostiene la posibilidad de que exista una democracia mundial, una justicia común en un orden global. Argumentan que la globalización debe tener una consecuencia democratizadora en todos los países y que esto podrá propiciar un orden universal. Es la herencia del universalismo tradicional de inspiración kantiana que plantea un consenso global en torno a un único modelo democrático: el modelo occidental de la democracia liberal.

En esta tesitura, podemos encontrar también propuestas como la de Bobbio (1995: 25) sobre un “pacifismo institucional”, que propone un orden mundial con base en una serie de normas vinculantes para todos y jueces que las hagan valer globalmente. Basado en el contractualismo de Hobbes, sostiene que luego del debate agonista entre las naciones “debe surgir una etapa pacífica mediante la concentración de una fuerza militar mundial que tenga el monopolio de la coacción y en la que todos se subordinen” (Mouffe, 2014: 42).

Sin embargo, frente a estas visiones de la posibilidad de un orden jurídico global, se revelan otras que enfatizan la ilegitimidad de toda normatividad que carezca del carácter soberano y que pretenda imponerse de manera extraterritorial.

Legitimidad y legalidad: la búsqueda de un nuevo acuerdo institucional

Ante la imposibilidad de que el sistema político y el orden constitucional tradicional sean capaces de gobernar eficientemente el espacio público contemporáneo, la necesidad de buscar una alternativa de dise-

⁴ Me refiero a los enfoques de justicia cosmopolita sostenidos por autores como David Heald o Ulrich Beck, o a la reflexión de Martha Nussbaum sobre los “nuevos cosmopolitas”.

ño institucional se hace evidente. Se han empezado a explorar nuevos mecanismos para la producción de incentivos que refuercen las pautas de cooperación y desalienten los comportamientos estratégicos. Se busca con ello establecer inéditos esquemas de *check and balance* que resulten útiles en la dimensión global a partir de una teoría híbrida de controles institucionales (Trubek y Trubek, 2005: 364).

Existen quienes apuestan por la conformación de un cuerpo coherente de principios jurídicos en la que se reencarnen, transfigurados, los contenidos básicos que sostenían el imperio de la ley (Greppi, 2012 :102); es decir, un nuevo marco regulatorio que promueva la coexistencia de regímenes sectoriales ante la imposibilidad de establecer reglas generales. Esto implica asumir que la desregulación característica de los poderes fácticos de la globalización no conduce necesariamente a un vacío de órdenes regulatorios, sino que los diversifica (Goldstein *et al.*, 2001).

Sin embargo, lo que realmente está en juego es la capacidad de dotar de legitimidad democrática a este nuevo orden regulatorio. El constitucionalismo democrático se sostenía en un esquema de legitimación ascendente del poder que requería de los principios de soberanía popular y de la concreta separación de poderes para lograr justificarse. Ante el debilitamiento de estos principios, se están tratando de buscar mecanismos que no abandonen los valores fundamentales de una sociedad democrática, pero que a la vez sean capaces de responder a los nuevos retos de la complejidad global. En esta perspectiva, parece vislumbrarse una evolución del sistema jurídico que promueve nuevos equilibrios institucionales en un formato de cooperación sectorial postsoberana, de un derecho flexible.

El reto contemporáneo de los teóricos de la nueva gobernanza es demostrar si el nuevo paradigma del derecho flexible está en condiciones de estabilizar los procesos cooperativos a través de instrumentos jurídicos que garanticen el imperio de la ley y la limitación de los poderes públicos, sin sacrificar la dimensión democrática del orden constitucional. Es decir, en una sociedad caracterizada por la pluralidad democrática de estructuras policéntricas (Bayón, 2008) de poder que se relacionan de manera dinámica, se pretenden generar normas que establezcan el intercambio ilustrado y las relaciones entre instituciones postsoberanas sin la

intervención de una autoridad legislativa centralizada (Cohen y Sabel, 1997: 326). Esto rompe con el clásico esquema de legitimación ascendente que caracteriza a las tradicionales constituciones democráticas.

En concurrencia con el reto que supone encontrar un dispositivo jurídico pertinente en una realidad postsoberana, existe otro elemento fundamental que aparece en el debate contemporáneo y pone en tela de juicio los límites y alcances de las nuevas articulaciones constitucionales: la revisión judicial de la ley como mecanismo de control institucional.

Legalidad: del control judicial de la ley

Para realizar un análisis sobre la cuestión revisionista de la ley, es necesario apuntar una premisa que no estará a discusión en estas páginas, a pesar de que se cuestionen sus procedimientos: sin tribunales no existe ni gobierno, ni democracia posible. El tribunal es uno de los puntos de apoyo donde se erige el sistema democrático. Sin embargo, la controversia no tiene que ver con juicios dicotómicos que planteen dimensiones excluyentes, sino con perspectivas e intensidades posibles en su desempeño.

El control judicial de la ley es una institución “de equilibrio” originada hace más de doscientos años en la tradición occidental, surgida de la mano de la democracia representativa promovida por los llamados padres fundadores de Estados Unidos de América.⁵ Sin embargo, el revisionismo se ha ampliado e incorporado como piedra angular de la democracia liberal.

La función del control judicial de las leyes va ligada a la expansión global del poder de los jueces. Este proceso ha venido acompañado de la tercera ola de democratización. Para el año 2005, más de tres cuartos de los países del mundo consagraban una forma de poder judicial de constitucionalidad o revisión judicial (Horowitz, 2006: 125). Esta democratización de los países, en la medida que maduraba, trajo consigo la alternancia política, y con ella vino la incer-

⁵ El control judicial de la ley nace de la mano del sistema democrático representativo, promovido por los padres fundadores principalmente en Norteamérica. Véase para ello las discusiones consignadas en *El Federalista* por Hamilton, Madison y Jay.

tidumbre jurídica sobre la posibilidad de que los nuevos gobiernos modificaran o introdujeran marcos normativos que trastocaran los fundamentos principales de la organización política.

En este contexto, el control judicial de las leyes se convirtió en una especie de “seguro institucional” contra la improvisación, los cambios de ánimo social y el exceso de poder político de los gobiernos en turno, produciendo una suerte de estabilidad y certidumbre legal (Hirschl, 2005: 478). De esta forma fue adquiriendo la categoría de componente esencial del Estado democrático de derecho. En cierta medida, intenta generar equilibrios para que ningún actor político sea lo suficientemente poderoso para destruir a su adversario (Przeworski y Maravall, 2003), basado en la idea de mecanismos de control horizontal y vertical dispersos sobre los gobernantes (O’Donnell, 1998: 112-126).

La propagación de la revisión judicial estuvo respaldada por una corriente del pensamiento filosófico liberal muy poderosa, que consideró el control de la constitucionalidad de la ley como un elemento esencial para el mantenimiento del régimen democrático (Linares, 2008: 18). Pero si bien es cierto que esta institución goza de una aplicabilidad casi global en las democracias constitucionales, esta evidencia no reduce la gran tensión que se suscita cada vez que los jueces pretenden analizar la validez de una ley emanada del Congreso. La tensión responde a una lógica muy básica: si son los Congresos y los Parlamentos las instituciones que representan la voluntad soberana de un pueblo, ¿cómo puede ser que un grupo reducido de personas –jueces– tengan la posibilidad de anular la voluntad de las mayorías? Es decir, los jueces que no son elegidos democráticamente por la ciudadanía no están sujetos a evaluaciones periódicas populares, y pueden imponerse en última instancia a la voluntad soberana. Esta es la denominada “dificultad contramayoritaria” del control judicial de las leyes (Bickel, 1962).

Para poder analizar la tensión existente entre la figura del juez y las instituciones parlamentarias, es necesario analizar también el tipo de democracia constitucional y sistema jurídico que existe. El objetivo es rehuir a la respuesta dicotómica y polarizante para intro-

ducir la categoría de grado de intensidad en la objeción democrática (Linares, 2008: 18).

En este sentido, el análisis que se ha realizado sobre el papel de los jueces se ha centrado en revisar cuál es la instancia que tiene la última palabra institucional en un régimen democrático, y si es legítima (Dworkin, 2011: 380). Este debate presenta errores de enfoque que traen como consecuencia que la argumentación esté determinada por la orientación de la perspectiva democrática que se asume en la observación.

Debe comprenderse que los derechos que existen en una sociedad determinada son materia de un desacuerdo profundo y persistente entre las personas que la componen. En consecuencia, tanto el Congreso como la Corte pueden ser falibles en cuanto a la interpretación de la voluntad social, ya que no existe una base material única que garantice su unidad.

Las críticas al control judicial derivan de aquellas voces que las señalan como una práctica elitista y antidemocrática, puesto que expulsan al ciudadano de la posibilidad de interactuar y participar en los debates donde se determinan sus derechos. En la medida en que las democracias constitucionales se han decantado por una visión liberal del Derecho y la justicia, se presume fortalecido el componente individualista y defensivo de la libertad por encima de cualquier objeción democrática. Aunque esta aseveración puede contener muchos matices, podemos emplear el argumento como punto de partida para este análisis.

Legitimidad: el equilibrio extraviado

Frente a la interpretación de la ley ejercida por élites profesionales, se levantan argumentos en contra de la idea de que el derecho y la impartición de la justicia puedan agotarse en un asunto técnico (Pisarello, 2011: 129). Estas visiones sostienen que los derechos no son un asunto que se resuelva entre expertos, puesto que su contenido sustantivo consagra contradicciones y visiones divergentes del mundo que son materia de constante reflexión. Por lo tanto, el enfoque racionalista e individualista defendido por el pensamiento liberal

dominante se equivocaría en tecnificar la ley y su interpretación “porque olvida el conflicto que habita en la naturaleza pluralista del mundo social” (Mouffe, 2014: 22). La típica visión del pluralismo insiste en que las distintas perspectivas y valores pueden ser “armonizadas” al situarlas en conjunto, como si de la conjunción de visiones en contraste emergiera mágicamente un “consenso universal basado en la razón” (p. 23).

Estas prevenciones sobre el pluralismo moderno podemos distinguir las también en Habermas (1998b), cuando sostiene que las sociedades modernas están integradas a través de valores, normas y procesos de entendimiento; pero a la vez, se integran sistemáticamente a través de mercados y de poderes administrativos cada vez más complejos. El derecho contribuye tanto a la integración social como a la institución de mercados y de poderes estatales y supraestatales. En razón a lo anterior, el derecho moderno puede convertirse en un mecanismo profundamente inequitativo de integración social en cuanto puede otorgarle, al poder ilegítimo, una apariencia de legitimidad (Pineda, 2002).

Esto ocurre cuando los términos del debate y las negociaciones que conforman la base de la legalidad pierden su dimensión democrática y legítima en función de un juego de relaciones de poder entre los grupos de intereses fácticos, en detrimento del poder soberano (Habermas, 1998b: 237). Ya Kelsen (2002: 444) señalaba que la única voluntad popular reconocible es la que se traduce en normas jurídicas, pues “sin normas de calificación no puede hablarse ni de voluntad ni de interés común... solo el derecho a intervenir en el proceso de producción del derecho constituye un sistema democrático”. Así, el acuerdo base estriba en las garantías de participación en el proceso de discusión de dichas normas. Por tanto, el procedimiento de discusión debe ser amplio e inclusivo, además de que deben “promoverse” las capacidades de participación equitativa.

Habermas (1998b) desarrolla toda una reflexión sobre las características de un proceso deliberativo con pretensiones democráticas para construir e interpretar la ley. Sin embargo, nunca ha quedado realmente zanjada la cuestión del equilibrio entre participación de-

mocrática popular y constitucionalismo: ¿cómo es posible que el control democrático de las leyes pueda vacunarse contra los peligrosos cambios de la opinión popular? Y por otro lado, ¿cómo salvaguardar la protección y certidumbre de los derechos sin cancelar su democrática posibilidad de debate público?

La desconfianza sobre la capacidad cognoscitiva del grueso de la sociedad para participar en la creación e interpretación del derecho es un debate que se ha dado recurrentemente desde la propia concepción del constitucionalismo democrático. Siempre se ha intentado construir un sistema que limite –y en cierta parte corrija– la ignorancia popular. Esta tradición considera a la gente como altamente emotiva, ignorante y limitada, en contraposición de una élite informada, atenta e inteligente en cuyo caso los jueces serán los únicos intérpretes constitucionales (Kramer, 2004: 1056).

Los intentos por reconfigurar el constitucionalismo de tal manera que siga siendo pertinente no han cesado. Desde diferentes visiones se han propuesto teorías alternativas a la revisión judicial que puedan conciliar legalidad y legitimidad; desde las que refuerzan el carácter rígido de la constitución hasta aquellas que pretenden trasladar el ángulo de análisis: de la legalidad a la legitimidad de la norma y su carácter dinámicamente democrático. En el siguiente apartado profundizaremos sobre algunas propuestas.

Un constitucionalismo para la democracia

En este apartado se exponen dos tesis que intentan reinterpretar el constitucionalismo de tal manera que sea capaz de potenciar su dimensión democrática. Sin estar exentas de críticas y adolecer de vacíos evidentes, estas propuestas aparecen de forma rupturista en un panorama global que da por descontada la posibilidad de reintroducir ciertos valores democráticos en la manufactura del derecho y en la propia impartición de la justicia.

Vale la pena señalar que la siguiente exposición se limita a presentar las características principales de estas visiones, a fin de mo-

tivar un futuro debate. Por lo tanto, no se pretende realizar una crítica exhaustiva que profundice sobre los planteamientos fundamentales de cada una de ellas, pues dicha empresa requeriría por sí misma una revisión mucho más extensa de lo que este apartado nos permite.

Constitucionalismo popular

Una propuesta que radicaliza la dimensión democrática del constitucionalismo hasta plantearlo en límites que resultan altamente polémicos, es la tesis del constitucionalismo popular.⁶ Esta propuesta constitucionalista no aborda una visión exclusiva de la teoría democrática, por el contrario, pretende introducir diversos elementos y modelos democráticos que permitan ampliar la dimensión popular de la interpretación judicial, lo que la convierte en un proyecto multifacético y difícil de especificar.

En términos generales, el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a una visión elitista, según la cual los jueces son los mejores intérpretes constitucionales (Tushnet, 2003). Este planteamiento no implica necesariamente un pronunciamiento contrario a la existencia de la Corte o a la prevalencia de algún grado de control judicial,⁷ sin embargo, resulta evidente el desencuentro con el modelo liberal de la democracia y su preferencia por tipos democráticos republicanos o deliberativos de inspiración habermasiana.

Entre sus principales exponentes teóricos se ubican Tushnet (2006) y Kramer (2004), quienes promueven un esfuerzo por repensar críticamente el giro que ha tomado el constitucionalismo europeo surgido en la posguerra. Ambos, en distintos tonos, sostienen que el constitucionalismo actual promueve la supremacía judicial, y pierde progresivamente su carácter democrático y popular; emergiendo como consecuencia un latente desajuste entre la participa-

⁶ Sobre el constitucionalismo popular se ha escrito prolíficamente en los últimos años. Para esta conceptualización me baso principalmente en Kramer, Tushnet, Post y Siegel.

⁷ Aunque es importante reconocer que existen autores que se han pronunciado en ese sentido. Soóo como ejemplo podemos señalar a Tushnet, quien lo hace en diversos textos.

ción democrática del pueblo y los procedimientos de producción e interpretación del derecho de cuño neoconstitucionalista. Como señala Pisarello (2011: 129), “el neoconstitucionalismo ha transformado el principio democrático en un mecanismo de selección de élites”. Mencionan que la disputa entre las estructuras legislativas y las judiciales para determinar quién tiene la última palabra en la interpretación de los derechos no puede ser una disputa entre élites. Debe ser una disputa social que potencie su dimensión democrática para no convertirse en un debate irrelevante para la sociedad.

El constitucionalismo popular pone en cuestión el papel de los jueces como los únicos intérpretes de los derechos humanos y reivindica el rol de la sociedad en estas tareas. Uno de sus principales sustentos es comprender que la elaboración de la doctrina constitucional requiere la existencia de un agente colectivo que pueda representar al pueblo (Balkin, 1995: 1944). Sostienen que el papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino a un control activo y continuo sobre la interpretación e implementación de la constitución, sin que el Tribunal Supremo –o cualquier otro– pueda monopolizar esta atribución (Kramer, 2004: 959).

En este sentido, representa un esfuerzo por reivindicar el papel de la sociedad como intérprete constitucional. También combate la idea arraigada en el ciudadano común de que no es posible contravenir a los jueces del Tribunal Supremo. Esta idea se ha incorporado profundamente en el pensamiento popular, de tal forma que el ciudadano se percibe sin derecho a refutar la interpretación judicial de sus derechos.

El monopolio judicial sobre la constitución se ha erigido como algo inexorable e inevitable, algo que fue pensado para ser de una determinada manera y que nos salva de nosotros mismos (pp. 228-233). Frente a ello se reivindica que el debate popular, sobre el alcance de la constitución, pueda llevarse a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en contra de ellas (Tushnet, 2006: 991). Así, el poder judicial debe ser comprendido como un agente más de la propia sociedad, cuya tarea es conducir el debate público de la interpretación de los derechos sin intentar imponer una visión única.

Algunos exponentes del constitucionalismo popular, como el mismo Kramer, sostienen que existen análisis empíricos que pueden demostrar que los jueces no han sido, ni por mucho, los mejores intérpretes de los derechos sociales a través de la historia. Como refuerzo a esta aseveración, se ha señalado que en el devenir histórico, los avances más relevantes en cuestiones de derechos de género, derechos de diversidad sexual o en materia de discriminación racial, siempre fueron promovidos primero desde la lucha social y sólo después reconocidos por los tribunales.⁸ En este sentido, hay que entender que el perfil del juez, como también se critica, no ha sido el de un académico-teórico o de un filósofo, sino más bien un técnico de legalidad (Kramer, 2005: 1355).

Quienes defienden este modelo, reconocen que la interpretación popular puede ser errónea o limitada, pero señalan, a la vez, que la interpretación que realizan los jueces puede adolecer también de ambas limitaciones e incluso de otras más significativas y condicionantes, como la interferencia de poderes fácticos en sus determinaciones. Estas intervenciones del poder no se comprenden como errores técnicos, sino como manipulaciones a favor de intereses concretos.

Dentro del constitucionalismo popular también hay grados de intensidad y de radicalismos. Por ejemplo, Tushnet (1999: 126) desestima los argumentos que se esgrimen en defensa del control judicial, por lo que propone incluso la erradicación de los tribunales. El autor sostiene que son indefendibles, pues en un análisis de costo-beneficio resultan muy poco convenientes. En cambio, propone la posibilidad de que la gente logre la protección de sus derechos a través de la política, emancipando el control de la constitución de manos de los jueces. Una posición contraria a la de Tushnet considera que deshacerse del control judicial o de la supremacía del juez reduciría dramáticamente, e incluso podría eliminar, la protección de las minorías (Chemmerinsky, 2004: 681).

Es necesario matizar las diversas perspectivas del constitucionalismo popular; no es que esta visión promueva un sistema sin restricciones institucionales o privado de garantías mínimas de un equilibrio entre

⁸ Un estudio al respecto puede ser el de Siegel (2005).

poderes. Dentro del constitucionalismo popular hay quienes promueven el carácter racional de la política, la separación real de poderes, el bicameralismo, el poder de veto, etc. Como ejemplo se encuentra el “constitucionalismo democrático” que proponen Post y Siegel (2007: 373-433). Este reivindica la legitimidad de la constitución en razón de la capacidad que tiene para ser reconocida y aceptada por una determinada comunidad política. Es una posición menos radical que reconoce en los tribunales un papel jurídico-político que les es atribuido constitucionalmente. Según esta visión, el Tribunal Supremo es un colaborador de las instituciones democráticas en la construcción del significado constitucional, y es a la vez un catalizador del constitucionalismo popular. Aquí la relación entre jueces constitucionales y democracia no es de suma cero. Lo que sí sostienen de manera decidida –cualquier variante democrática-popular– es la necesidad de distinguir entre controles que son directamente responsables ante el pueblo y los que no lo son, como es el caso de la revisión judicial elitista.

En suma, el constitucionalismo popular está basado en la idea de que todos debemos participar en la configuración del derecho a través de nuestras acciones políticas (Tushnet 1999: 157). Esto significa desacralizar las visiones dominantes sobre la fatalidad de la decisión de los tribunales para otorgar un papel central a la ciudadanía en la interpretación constitucional. Para ello se defiende una mirada departamentalista del control de la constitución, según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre otras (Gargarella, 2013).

El constitucionalismo bajo el principio democrático de la justificación

Esta propuesta presentada por Dyzenhaus (2015) y Hunt (2015) ofrece el desarrollo de una teoría alternativa a la revisión judicial que sitúa al principio de justificación como premisa. Su objetivo es salir del falso debate de la última palabra entre jueces y Congresos para poner el acento en la legitimidad de las leyes y no sólo en su legalidad, es decir, trasladar el fondo de la cuestión (Melero, 2017: 3). Esta perspectiva alternativa supone evitar la revisión exclusiva de la legalidad de la ley, y propone, en cambio, indagar en su legitimidad a través de

razones públicamente disponibles que sean capaces de “justificar” su aplicación. ¿Cómo buscar esas razones públicas?, ¿quién decide la validez de las mismas?, ¿qué discursos son los más legítimos? Esta es la verdadera tarea de la justificación. Si la polémica principal que suscita el concepto del control constitucional de las leyes tiene que ver con su déficit democrático, la legitimidad que se puede lograr a través de una justificación basada en discursos que procedan de la conversación pública puede servir de paliativo.

Según esta propuesta, se debe dejar de pensar que la cuestión central de la disputa radica en observar cuál es la autoridad final en la interpretación de los derechos. Argumenta la necesidad de trasladar la cuestión central al debate sobre qué estructura institucional hace posible una adecuada justificación de cualquier límite legal (Dyzenhaus, 2015: 427).

Entonces, por encima de la cuestión de quién decide, lo que importa es el diseño de mecanismos institucionales que reflejen la responsabilidad compartida en la protección e interpretación constitucional. Si el objetivo es asegurar la realización práctica y efectiva de los derechos fundamentales de un modo compatible con la tradición democrática parlamentaria, debe buscarse un esquema sustentado en la existencia de un discurso que justifique esa realización.

El diseño institucional que proponen debe ser capaz de otorgar un papel destacado a los tribunales en la articulación y promoción de los valores fundamentales de una sociedad, al tiempo que reconozca un papel significativo a la dimensión democrática en la definición y desarrollo de esos valores (Hunt, 2007: 470). Como modelo colaborativo que pretende ser, exige replantear la relación entre los diferentes poderes de una democracia liberal conforme una cultura democrática de la justificación. Es decir, no sobre la base de la soberanía o de la autoridad última, sino desde la perspectiva de la responsabilidad compartida. En palabras de Hunt (2015: 2):

una cultura democrática de la justificación es un orden político y jurídico basado en una responsabilidad compartida en la protección y promoción de los derechos humanos, en la que toda acción o inacción debe justificarse mediante razones públicamente disponibles que el Parlamento y los tribunales evalúan para asegurar su compatibilidad con los compromisos más fundamentales de la sociedad.

Justificar las decisiones públicas implica hacer uso de razonamientos aceptados recíprocamente por la comunidad jurídica en la que se aplican. De esta manera, todo ejercicio del poder del Estado debe venir acompañado por tales justificaciones. El liderazgo del gobierno descansa en la contundencia de los argumentos que ofrece en defensa de sus decisiones (Mureinik, 1994: 32).

Según la visión liberal del derecho, son los tribunales quienes están encargados de determinar la legitimidad de las decisiones del Estado. La legislación democrática sería entonces una forma inferior de derecho, cuya legitimidad depende de su compatibilidad con la definición judicial de los límites de la razón pública. En sentido distinto, el principio básico de la justificación como razón pública sostiene que en todas las decisiones respaldadas por el Estado y que invoquen a la autoridad del pueblo, esta legitimación se encuentre plenamente justificada. La cultura democrática de la justificación está basada en un ideal sustantivo: el de una ciudadanía activa, dotada de los recursos suficientes para obligar a los poderes públicos a dar cuenta de sus decisiones. Este es un ideal típicamente republicano y democrático, que incide en la aspiración de que los ciudadanos sean los autores del derecho al que están sujetos.

El juez democrático como articulador

Como se ha señalado, un elemento preponderante del entramado constitucional es el juez. Sin analizar su función, no sería posible explicar la reivindicación democrática de ningún modelo constitucional. En esta parte se examinan las características de un juez capaz de insertarse en un paradigma constitucional popular-democrático y algunos argumentos para sostener dicha posición.

Frente a la visión del juez como parte de una élite de profesionales del derecho que deben mantener cierta autonomía y distancia con la sociedad, se reivindica la figura de un juez comprendido como un agente social (Post y Siegel, 2003: 25) cuya independencia debe darse ante las estructuras de poder e intereses particulares, pero nunca

frente a la sociedad. Es decir, simboliza una visión que asume que la responsabilidad de un juez no se agota en dirimir asuntos privados, sino que representa la posibilidad democrática de salvaguardar la propia forma de gobernarnos. Es la reivindicación también de un sistema judicial integral donde la dimensión democrática intervienga, no sólo en la producción legítima de normas jurídicas, sino como una función permanente en la regulación y el control de la impartición del derecho (Habermas, 1998b: 176). Implica entender que el derecho no sólo regula el comportamiento y la convivencia, también organiza a la sociedad y estructura las formas de poder.

En este sentido cabe preguntarnos sobre el espacio institucional de un juez, ¿cuál es el criterio que debe caracterizar la independencia del juez? Y cuando hablamos de independencia, ¿independiente de quién o de qué? ¿De los poderes instalados o de la voluntad popular? Sobre esta base reflexiva debemos desarrollar una respuesta particular que presente la posibilidad de un juez más democrático.

En primer término, es necesario rechazar la idea de que el juez es una entidad apolítica, es decir, un agente que se sitúa por encima de la problemática social y política al que se recurre, como a un oráculo, para que resuelva los conflictos entre mortales. El juez no sólo está inmerso en toda conflictividad, sino que representa el instrumento para ir recalculando el ejercicio del poder entre las instituciones; una función que es absolutamente inmanente a la soberanía popular en la lógica democrática. Por lo tanto, el juez no puede –ni debe– sustraerse de su papel como agente político. Los propios tribunales son espacios de decisión política en donde los jueces desempeñan una función principal para el mantenimiento del sistema democrático representativo en el que vivimos (Kramer, 2004: 247).

Es comprensible que algunos jueces rehúyan asumir esta condición que desacraliza su función y los ubica en un terreno donde deben ser capaces de dialogar y justificar sus decisiones; un terreno que los expone a la crítica y a la rendición de cuentas permanente con la sociedad. Es comprensible que prefieran mantenerse alejados de los vaivenes inestables de la contradicción social, pero no es ético. El juez del mundo postsoberano debe ayudar a clarificar los términos del debate público a condición de que la sociedad pueda formarse

una mejor idea de los límites y las responsabilidades institucionales. Sin esa clarificación, el ciudadano se encuentra privado de la posibilidad de formular juicios sobre los asuntos que ocurren en su entorno. Se dice entonces que el prestigio de los jueces radica, muchas veces, en la incapacidad de la sociedad para comprender los alcances de sus decisiones, bajo la premisa de que lo que no se comprende, no se juzga, y lo que no se juzga, no se controla.

Una de las ventajas cualitativas de la reputación de los jueces frente a la de los políticos, es precisamente la capacidad de mantener tras bambalinas su actividad. Mientras al político se le exige la máxima transparencia en el desempeño de sus actividades, al juez se le respeta una supuesta independencia, que se corresponde con cierta discrecionalidad. Sin embargo, recientemente se han agudizado las críticas a esta cuestión.

La posición cada vez más privilegiada del juez y el alcance de sus resoluciones, les otorga casi un carácter de “institución representativa”, al colocarlos en el entramado institucional como la instancia responsable de salvaguardar el orden político y democrático de la sociedad frente a los abusos de los poderes. Y cuando se dice institución representativa no se invoca a la presunta representatividad tradicional del juez, que proviene de su forma procedimental de nombramiento, como reflexionaría Dworkin (2011: 398). Más bien se propone referir ese tipo de dimensión representativa –aunque no democrática– que emerge con el desempeño de una especie de poder de intermediación social. Es por ello que aumentan las voces que demandan una mayor porosidad social de dichas instituciones.

Otro argumento que sostiene la necesidad de democratizar la función del juez es aquel que señala que, en la medida que se incrementa esta dimensión como mecanismo de apertura y transparencia, se evitará que la influencia de los poderes fácticos termine por imponer ciertas normas jurídicas y criterios de interpretación e impartición de la justicia. De esta forma, la relación democrática y abierta entre jueces y sociedad ayuda a evitar que el derecho le otorgue al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Es decir, aumentar la dimensión democrática del juez, refuerza la pluralidad y el activismo social necesario para resistir la inercia de poderes fácticos.

ticos e impide, a la vez, que los grupos o colectivos terminen siendo asimilados por el sistema o se vean disminuidos y acaben relegados (Siegel, 2007: 260-265).

Por último, es necesario señalar que cuando se habla de dimensión democrática no debe traducirse como dimensión mayoritaria. La relación democrática del juez con la sociedad no debe entenderse como la disposición de un referéndum constante a sus decisiones o como el surgimiento de un tipo de democracia plebiscitaria (Urbini, 2013: 5). Esta relación debe trascender la expresión de preferencias populares inmediatas y sustentarse en valores profundos que hayan persistido en el tiempo. Para ello han de buscarse dispositivos que medien esta relación e introduzcan procedimientos y reglas de carácter normativo.

Manin (1987: 352) señala que “la fuente de legitimidad no es la voluntad predeterminada de los individuos, sino más bien el proceso de su formación, es decir, la deliberación misma”. Sostiene que una decisión legítima no representa la voluntad de todos, pero es algo que resulta de la deliberación de todos. La ley legítima es el resultado de la deliberación general, no de la expresión de la voluntad general (p. 353).

Materiales para una alternativa democrática

En este apartado se reflexionan algunas teorías que pueden ser útiles como alternativas para superar el déficit democrático del juez contemporáneo y para replantear el esquema de la revisión judicial, de tal manera que no se juzgue como un mecanismo eminentemente elitista.

La propuesta fundamental es recuperar una relación dinámica, cercana e interactiva entre el juez y la sociedad. Esta relación debe establecerse bajo ciertos paradigmas fundamentales que faciliten la conversación pública, basada en procedimientos deliberativos. De esta manera, es necesario partir de algunos postulados sobre la importancia de la deliberación que propone Habermas (1998b) y de cuyos preceptos nos valdremos para sostener la propuesta.

Esta teoría propone la redistribución del poder comunicativo, entendido como el poder que surge cuando se dan las condiciones

para la formación de una opinión y una voluntad pública libre: “La libertad comunicativa implica hacer uso de la razón pública en todos los aspectos” (p. 215). Bajo esta premisa, la producción y la implementación del derecho deben convertirse en la práctica de una deliberación pública que garantice la equidad de los participantes y privilegie la exposición de argumentos razonables y disponibles en la sociedad. Es decir, se debe garantizar la integración social apelando al principio del discurso, con lo cual se obtienen normas que, además de válidas, pueden ser legítimas (Habermas, 1998a: 278-279).

Para tratar de materializar estos conceptos, Habermas propone un tipo de modelo que tiene por objetivo actuar como una ficción metodológica. Según esta construcción, el derecho representa la columna vertebral del poder comunicativo, siempre y cuando los sujetos sociales –personas, colectivos o cuerpos intermedios– tengan un control equitativo sobre su elaboración. Es decir, que la sociedad pueda participar activamente en la creación y en el control constitucional. Evidentemente, esto corresponde a un ideal en donde las personas posean el tiempo, la capacidad cognoscitiva y el interés suficiente para dicha participación. Pero como ideal propuesto, deben establecerse instituciones tendientes a alcanzarlo.

El propio autor reconocía que en una sociedad como la actual, los procesos de poder comunicativo consumen energía y representan un gasto tanto para las organizaciones como para los individuos que participan. La información que poseen los actores sociales es profundamente asimétrica porque reproducen la propia asimetría de las estructuras de la vida pública (Habermas, 1998b: 404). El tiempo del que se dispone individualmente, la fragmentación temática de la discusión pública y el fortalecimiento de una conciencia individualizada, operan como un obstáculo en la formación racional de la voluntad. Sin embargo, una de las principales ideas en las que insiste este modelo tiene que ver con la necesidad de llevarlo a cabo aun en condiciones adversas, pues sostiene que la única forma de construir esquemas más inclusivos y condiciones más equitativas de participación, es a través de su práctica continua y de su efecto pedagógico.

Siguiendo esta idea, la base del poder comunicativo se expresa a través de discursos y negociaciones que deben cumplir la condición

de ser justas (Habermas, 1999: 238-239). En esta argumentación, debemos comprender por justa al tipo de fundamentación que se ajuste a un marco deliberativo público y equitativo, donde se eliminen las asimetrías y se privilegie el mejor argumento.⁹ Es un intento por frenar a los poderes económicos y burocráticos a fin de establecer una nueva base de entendimiento.

Si se piensa en las posibilidades de una conversación pública, plural e incluyente sobre los principios legales de una sociedad determinada, se pueden visualizar los efectos legitimadores que tendría y la publicidad que alcanzaría. Una sociedad que discute institucionalmente sus derechos, los debate y argumenta, se transforma en una sociedad que los respeta y los promueve. La democracia deliberativa no sólo supone un poder comunicativo asentado en una comunidad plural y diversa, sino que la necesita y la fomenta a través de una vida pública rica en manifestaciones. Esta capacidad de activismo social permitirá reaccionar frente a la inercia de los poderes fácticos que procuran hacer uso instrumental del derecho (Habermas, 1998b: 176).

En virtud a las ideas aquí expuestas, conviene pensar en la posibilidad de una interpretación constitucional en donde participe activamente la sociedad y las distintas agencias del poder institucional. Esto no significa que la constitución pierda su carácter vinculante o que sus postulados dejen de ser cumplidos, al contrario, implica dotar a la constitución de un carácter dinámico, vivo y legítimo. Significa promover espacios de deliberación constitucional permanente. Esta reflexión parte de un argumento concreto: si no existe la posibilidad material de un cuerpo constitucional objetivo y capaz de aplicarse exegéticamente, es decir, sin interpretaciones de agentes externos que “contaminen” el sentido de la norma, siempre será preferible que ese margen interpretativo tenga una dimensión democrática para su control y que no sea facultad exclusiva de élites técnicas o se encuentre al libre arbitrio de los poderes fácticos.

⁹ Más adelante se profundiza en la crítica sobre el concepto de “mejor argumento” de Habermas.

Para promover este tipo de relación dinámica entre la sociedad y el derecho, se debe acudir a un elemento de articulación posible: el juez. La forma de entender y plantear esa interacción democrática es la clave para introducir un sistema de conversación pública justificada que esté por encima de mecanismos plebiscitarios simples o mayoritarios. Esta actividad debe poseer una dimensión pedagógica que promueva la “correcta y equitativa” participación social.

Pero la existencia de una relación democrática como la aquí expuesta implica también reelaborar discursivamente la relación entre política y derecho. Ambos conceptos se requieren recíprocamente para existir, pues surgen de un proceso dialéctico en el que sólo constituyen fases distintas (Niembro, 2013: 200). La constitución representa el punto de confluencia que reúne a ambos y por ello debe comprenderse como una expresión jurídico-política. Cuando se excluye la dimensión política de la constitución, se le confina a la categoría de materia exclusiva de jueces y abogados fuera del alcance del conjunto social.

Por otro lado, la deslegitimación sistemática de las instituciones representativas hace necesario incrementar la capacidad deliberativa de los ciudadanos y de las instituciones para evitar un bloqueo en el sistema (Greppi, 2012: 69). Una relación que no se agote en la mera representación política ni se circunscriba a las elecciones, a los Parlamentos o a los tradicionales sistemas de control, sino que incentive el intercambio discursivo entre ciudadanos e instituciones a través de procesos deliberativos. El proceso de conversación se convierte en la manifestación del interés general más allá de la simple suma de voluntades particulares. Se trasciende así de la democracia agregativa a la deliberativa.

Pero no será suficiente acortar las distancias entre ciudadanos e instituciones, ni hacer presentes los intereses del pueblo para mejorar el proceso representativo; hay que adentrarnos en el fenómeno de las comunicaciones. Dar paso a la aparición de nuevos espacios de participación, formal e informal, gubernamental y no-gubernamental, en el ámbito público y privado, pero integrado en estructuras políticas. Esta estrategia presupone ciertos efectos colaterales que desarrolla-

rán valores simbólicos y pedagógicos a mediano plazo entre la ciudadanía. A través de estos efectos, se propone reducir, sistemáticamente, la brecha de desigualdad en la capacidad de los ciudadanos para participar en los debates.

Ahora bien, este tipo de sociedad podría parecer utópica en las condiciones sociales actuales. Muchos de los críticos de la deliberación racional expuesta por el profesor Habermas le acusan precisamente de ello. Sin embargo, algunos de los principales argumentos de la crítica, como los costes que representa la deliberación o el acceso libre a la información necesaria para participar, podrían encontrar solución en una sociedad digitalizada que posee instrumentos de interacción capaces de reducir dichos costes. Volveremos a ello en el último apartado.

Redefinir al poder: alcances y competencias del espacio público

Otro elemento fundamental para recuperar la dimensión democrática de la práctica de los jueces y tribunales, estriba en proporcionar las referencias necesarias para que el ciudadano pueda formarse una opinión sobre las responsabilidades públicas. Esas referencias se traducen en la necesidad de una “determinación estricta de los poderes y sus competencias” (Greppi, 2012: 98). En plena globalización, la condición difusa de los poderes y las responsabilidades impiden que el ciudadano disponga de instrumentos para conocer con certeza quién, cómo y cuándo se deciden las cosas. Sin esta posibilidad, tampoco puede instrumentarse un debate sobre los alcances de los derechos, su interpretación por órganos especializados y su correcta protección. Cuando el ciudadano ni siquiera distingue las arenas y los actores para poder formular su opinión y expresar su voluntad, cualquier voz que los considere depositarios de la soberanía nacional suena a cínica hipocresía.

Por ello es necesario realizar una redefinición institucional que proyecte con mayor claridad las competencias y los alcances de los poderes públicos. Es verdad que en una realidad postsoberana y supranacional, este ejercicio es complejo, pero resulta absolutamente necesario a fin de poder establecer las posiciones del debate. En esta lógica, se propone

rescatar el principio de la separación de poderes de manera innovadora y creativa, buscando un encaje en el entramado postsoberano que le permita la flexibilización institucional, sin que ello implique renunciar a su limitación y control democrático (Bohman, 2007: 84).

En esta tarea se debe comprender que en el Estado de derecho existe una división de competencias jurídicas, pero no una división de poderes real (Neustadt, 1990). Es decir, el poder no se divide, se ejerce conjuntamente por las instituciones y normalmente de forma asimétrica. La facultad jurídica se supedita a las relaciones de poder existentes. Por lo tanto, la ley debe asumir una forma viva y dinámica que sea capaz de ir detectando y corrigiendo los excesos y abusos del poder. En este sentido, el juez democrático puede ser el garante de este dinamismo al introducir al debate público las cuestiones y propiciar la conversación. Además, para determinar las responsabilidades institucionales hay que simplificar “discursivamente” sus posiciones. Esto tiene que ver con la elaboración de un discurso capaz de situar a los poderes públicos y otorgarles facultades específicas. Es decir, a pesar de la complejidad del entorno fragmentado, un discurso capaz de agrupar distintivamente las competencias y responsabilidades es posible; aunque sea una distinción artificial y deliberada que esté sujeta a especificidades. Al hacerlo se puede dotar al ciudadano de referencias para incluirse en los debates. Significa también salir de esta construcción ideológica que se ha implantado y que hace creer al ciudadano que el entorno es demasiado complejo para poder emitir una opinión y cuestionarlo.

Lucha contra el sentido común: la batalladiscursiva

La reelaboración de discursos que potencien la dimensión democrática del juez implica un reto fundamental: lograr transformar el sentido común arraigado en la sociedad. Cuando se habla de un sentido común arraigado,¹⁰ se refiere al resultado del fortalecimiento progresivo de la conciencia individualizada (Bauman y Bordoni, 2016:

¹⁰ Se propone entender el concepto de sentido común, según Gramsci. Para un análisis al respecto puede consultarse Rendueles (2017).

29) –del individualismo de corte liberal– que opera como un obstáculo interno para establecer condiciones igualitarias de participación en la discusión pública.

Para lograr una nueva relación entre juez y sociedad, se deben vencer este tipo de instituciones ideológicas que promueven, como algo natural, el sentido individualista de la sociedad. Cualquier estructura de conversación y deliberación pública debe partir de una actitud proactiva y social de sus participantes. El reflejo negativo y defensivo que el liberalismo ha arraigado en la forma de concebir los derechos humanos (Jullien, 2008: 24) son un lastre para incentivar la conversación.

Este proceso de individuación ha sido recurrente en las últimas décadas acompañado de la mercantilización de la propia identidad (Debord, 1967). En este sentido, se ha visto disminuido el sentido de pertenencia social, de solidaridad. El problema real es que en este “ensimismamiento”, en esta huida al espacio privado, los ciudadanos dejan margen a la imposición de lógicas de poder en el espacio público abandonado.

Tal vez el instrumento más evidente de esta imposición ideológica sea la implantación de una determinada visión de los derechos humanos. Esta visión particular ha adquirido pretensiones universalistas que han propiciado también sus correspondientes resistencias. Los derechos humanos de cuño occidental se han querido imponer a pesar de que la globalización no ha producido la unidad política mundial ni el hombre unidimensional de Marcuse (1987). Si bien se ha implantado un modelo económico global y algunos valores dominantes, no se puede hablar de una hegemonía mundial como consecuencia de una realidad globalizada. Al contrario, este intento de occidentalizar el mundo ha propiciado reacciones particulares de sociedades que están reafirmando su identidad o cultura étnica. Este intento de unificación hegemónica provoca formas violentas de resistencia (Mouffe, 2014: 45). Los derechos humanos son entonces la bandera con la que se predica la dignidad del individuo y la superioridad moral del sistema democrático liberal, pero sin integrar los modelos sociales, culturales y políticos alternativos que existen en el mundo (Zolo, 2000: 135).

Jullien (2008: 24) sostiene que la visión de los derechos humanos impulsada por el liberalismo es una visión que privilegia al sujeto como centro fundamental del sistema jurídico, y no reconoce su función como parte de múltiples relaciones sociales. El hombre es entonces “él y sus necesidades”, y no es comprendido como parte de una sociedad que se conforma en colectivo.

De esta forma, es imperativo que la sociedad se despoje en cierta medida del discurso liberal para lograr repensar nuevos encuadres más democráticos de su participación. Un individuo que se haga cargo de sí mismo, pero que conciba una fecunda conciencia social, es fundamental para integrarse en las instituciones participativas que aquí se proponen. La única forma de ir transformando estas imposiciones ideológicas es a través de la reintroducción de los debates públicos. Es decir, nuevamente, la forma de fortalecer la capacidad deliberativa, la dimensión democrática y la legitimidad, es institucionalizando la conversación pública y repensando la relación entre sociedad y juez. Desde esta perspectiva, el juez será pieza fundamental en la reelaboración discursiva a través de su activismo en el debate público.

Radicalización de la conversación pública

Hasta este punto se han expuesto algunos retos que tiene el constitucionalismo contemporáneo para mantenerse como la herramienta que posibilita el ejercicio de gobierno y para recuperar la legitimidad en la impartición de justicia dentro de un sistema global. Se ha propuesto recuperar la dimensión democrática del constitucionalismo, introduciendo algunas consideraciones del constitucionalismo popular, redefiniendo las responsabilidades y los alcances institucionales con un nuevo planteamiento de separación de poderes y reelaborando algunos discursos para potenciar la participación de los ciudadanos en el debate de sus derechos. Para todo ello, se propone que el juez juegue el rol de articulador de estos procesos, es decir, que asuma el protagonismo de estas transformaciones. La base de este proceso es la incorporación de mecanismos institucionales capaces de radicalizar la conversación pública. Eso implica diseñar espacios democráticos deliberativos que promuevan la discusión de los derechos y sus criterios fundamentales.

Utilizar nuevas metodologías para instrumentar procesos de conversación, implica también la existencia de un juez que pueda considerar a los ciudadanos como sujetos capaces de interpretar la constitución y participar en su debate. Se deben crear incentivos para que los jueces entablen el diálogo con los distintos agentes de la sociedad civil y con los propios ciudadanos, pero también para que la sociedad tenga los motivos suficientes para participar en el debate. Para potenciar el carácter democrático del constitucionalismo, es necesario generar una serie de actitudes y prácticas que promuevan el involucramiento de la gente en cuestiones constitucionales (Siegel, 2001: 320-322).

En este sentido, el juez debe convertirse en una institución proactiva que introduzca elementos al debate público y que participe de la discusión a partir de procedimientos y reglas más democráticas. Se intenta que la deliberación colectiva se convierta en la fuente última de legitimidad del derecho constitucional. De ahí que la participación popular –base democrática de la constitución– no deba ser vista con sospecha, sino al contrario, considerarse como una forma de mediar los conflictos sociales (Siegel, 2007: 1339-1350).

La democracia no debe entenderse como algo que se otorga o se concede, sino más bien como un movimiento permanente, abierto y en constante disputa que permite mantener vigentes los principios constitucionales y evita el abuso del poder (Pisarello, 2011: 19). Esta participación de la sociedad no propone reemplazar los mecanismos de representación política existentes, sino complementarlos. Las mediaciones representativas siguen siendo útiles para sintetizar las demandas, los intereses y las necesidades del ciudadano como resultado de un proceso de elaboración pública; por lo tanto, son una construcción social. La radicalización de la conversación pública será un instrumento para ampliar la calidad de los representantes a través del contenido del debate generado, no para eliminarlos.

A través de los tribunales y los jueces, es posible catalizar el diálogo orillando a la sociedad a debatir asuntos que de otra manera hubieran quedado fuera de la agenda y a empujar a otras instituciones a participar. Incluso, pueden dar voz a posiciones poco comunes y traerlas al centro de atención, inspirando una discusión más abier-

ta, vibrante y efectiva (Friedman, 1993: 668-671). En este sentido, la sentencia de un juez puede constituir el inicio de un debate y no su cierre definitivo, como se ha querido ver. Así, el juez puede proponer un marco de debate público que surja con motivo de su sentencia. Es decir, al optar por una de las interpretaciones en pugna, el juez introduce un elemento capaz de materializar el debate. Lo importante será entonces la capacidad que tenga la sociedad de reaccionar ante las decisiones del tribunal (Friedman, 2009: 369-385). Al eliminar de las interpretaciones judiciales su aspiración de definitividad, se promueve el dinamismo requerido en el proceso de interpretación. El juez debe estar en un diálogo permanente con la cultura popular, de la que no puede alejarse demasiado si quiere evitar una crisis (Post y Siegel, 2003: 26).

Esta propuesta teórica busca la consolidación de diversos espacios, prácticas y medios por los que se lleve a cabo la disputa constitucional. A través de procesos deliberativos formales e informales, los ciudadanos tendrán derecho a litigar continuamente el contenido constitucional y la interpretación que hagan los jueces al respecto. Esto no implica que se puedan desconocer unilateralmente la sentencia de los tribunales, pero siempre deben garantizarse mecanismos institucionales para disputarlas. Es importante señalar que cuando se habla de la participación ciudadana en estos debates, no se refiere exclusivamente a la idea de un ciudadano particular, sino a la participación de una multiplicidad de estructuras sociales de diferentes formatos –organismos no gubernamentales, asociaciones civiles, clubes sociales, movimientos, sindicatos e incluso partidos políticos–. Estas estructuras sociales constituyen un mecanismo mediador entre el derecho constitucional dictado por los jueces y la cultura popular (Kramer, 2004: 983). Constituyen también una práctica argumentativa que se lleva a cabo dentro y fuera de las instituciones gubernamentales.

La importancia de estas estructuras colectivas radica en que su actividad puede acompañar y promover la participación del ciudadano. Es decir, sería ingenuo suponer que de la noche a la mañana cualquier ciudadano tuviera la capacidad y el tiempo de participar en todos los debates. El concepto deliberativo de la conversación no

implica la participación total y permanente de la sociedad entregada en cuerpo y alma al debate. Esto sería una idealización absurda. La intención de que proliferen los espacios de discusión es que se diversifiquen también las temáticas y se facilite la inclusión del ciudadano –u organización– en los debates que cada uno crea pertinente. Al mismo tiempo, el ciudadano debe ser capaz de dejarse representar en otros debates, sin que ello signifique necesariamente su exclusión democrática. Debe comprenderse que, ante la imposibilidad de formarse una opinión particular y participar en cada una de las arenas de debate, el simple hecho de que existan distintos espacios discursivos abiertos donde otros ciudadanos participen, compensa relativamente su ausencia y en cierto modo lo representa.

Otro de los conceptos conflictivos y polémicos en esta visión tiene que ver con la idea de la existencia de un mejor argumento, desde el punto de vista racional que pueda emerger de los procesos deliberativos. En este punto deberemos marcar cierta distancia con la idea de un consenso racional y duradero posible que sostiene Habermas. Es decir, en condiciones de pluralismo social y cultural, subyace permanentemente un desacuerdo entre el contenido de los derechos tan pronto se apliquen a un caso de conflicto (Habermas, 1998b: 180). La polémica del concepto de mejor argumento estriba en el carácter contingente y dinámico del momento histórico que lo determina. En otras palabras, lo que se considera el mejor argumento varía y se transforma a través del tiempo. Esto ocurre porque el reconocimiento del argumento más sólido implica la existencia de un conjunto de principios éticos y morales subyacentes en la estructura social que lo sostengan. Pero estos principios pueden estar influenciados por la ideología dominante y las relaciones de poder instaladas en un determinado momento; lo que no garantiza que 1) se considere que de estos principios se puede extraer uno que sea objetivamente mejor a todos los demás y 2) que dicho principio jerárquico pueda ser reconocido y aceptado por el conjunto social. Así, lo que debe perseguirse no es necesariamente el mejor argumento sino el argumento preferible; y esto implica que nunca se cancele la posibilidad de reintroducir de nuevo los debates sobre dichos argumentos. Los consensos que surgen de los procesos deliberativos serán siempre relativos y contingentes.

Por último, hay que precisar que cuando se habla de sociedad o pueblo como expresión de la voluntad popular, se hace desde una presunción metafórica y no como la representación de alguna unidad orgánica. La dimensión democrática que aquí se propone implica la posibilidad de que cualquiera pueda participar de la deliberación constitucional. La pluralidad democrática y la existencia de una polifonía de voces en la sociedad actual, no representa un problema para organizar la opinión pública, puesto que no se aspira a construir un consenso transversal, sino por el contrario, promueve la expresión del mayor número de voces. Es por ello fundamental la necesidad de incrementar y radicalizar el número y la calidad de los debates y la conversación pública. Si el discurso de los expertos no se retroalimenta con la formación democrática de la opinión y la voluntad, acaban imponiéndose sus criterios de forma paternalista en contra de los ciudadanos (p. 431).

Conversación digital: una posibilidad inédita

Una razón fundamental para creer en la posibilidad de ampliar los debates y consolidar espacios deliberativos más incluyentes entre jueces y ciudadanos, es la aparición instrumentos de interacción digital que superan una serie de obstáculos que la necesidad de la presencia física presuponía.

La transformación digital que está ocurriendo tiene repercusiones directas en el sistema político. El uso de tecnología aplicada se ha hecho asequible para un amplio sector de la sociedad y la masificación del uso de internet por la aparición de los denominados teléfonos inteligentes, han supuesto la proliferación de un novedoso mecanismo de relaciones humanas y de flujos de información que transitan por las carreteras de las redes sociales y determinan la nueva realidad de las interacciones. Esto puede hacer posible la construcción de espacios de debate digital –además de los que se establezcan presencialmente–, que reduzcan los costes de participación de la ciudadanía y radicalicen la conversación. Este tipo de instrumentos brindan la posibilidad de dinamizar las discusiones e incluso pueden tener un efecto pedagógico en la difusión de conceptos y temas coyunturales de debate.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la dinámica de la conversación digital no sólo no favorece la deliberación argumentada, sino que la impide.¹¹ Esto obedece a que la circulación de información en el espectro digital es permanente y proviene de múltiples agentes que no necesariamente son veraces o conducen al diálogo. Ante la saturación de contenidos, el ciudadano que cuenta con una capacidad limitada de discriminación y análisis, potenciará lo que Urbinati (2013: 7) denomina la acción juzgadora, es decir, una forma de poder negativo que prevalece sobre la deliberación reflexiva. Además, el aumento de la velocidad en la comunicación digital puede oponerse a los procesos deliberativos en virtud de que estos requieren de tiempo y condiciones determinadas para que puedan suceder. El debate argumentado requiere de una negatividad (Hegel, 1966: 27) que obligue a cuestionar la validez de los conceptos y de las proposiciones. Esta negatividad es constitutiva del pensamiento y se opone al simple cálculo que hace que las ideas adquieran valores ponderables y cuantificables para instrumentar los procesos de aceleración.

Por otro lado, si el espacio político es una estructura de comunicación que se manifiesta como una red para el intercambio de contenidos y opiniones que se convierten en posiciones públicas en torno a temas específicos (Habermas, 1998b: 440), ¿no será preferible su abuso a su ausencia? Es decir, si la proliferación de procesos de discusión parte de la base de que no se requiere estar dotado de capacidades o conocimientos especializados, sino ser capaz de participar de la práctica comunicativa cotidiana, ¿no es deseable facilitar dicha participación aprovechando los nuevos mecanismos tecnológicos?

Por lo tanto, se deben gestionar las herramientas digitales para multiplicar los espacios de conversación pública y de debate. Los jueces pueden encontrar en esta superficie de interacción un esquema más ágil para reintroducir argumentos al escrutinio público y para escuchar las posiciones divergentes. En suma, estos instrumentos pueden fortalecer la dimensión democrática del juez al situar, al alcance de un mayor número de ciudadanos, los discursos sobre lo que Habermas (1998b: 226) consideraba como lo adecuado, lo bueno y lo justo para la sociedad.

¹¹ En este sentido, se puede consultar a Chul-Han en sus textos *La sociedad de la transparencia* (2013) y *El enjambre* (2014). También a Urbinati (2013).

Conclusiones

Recuperar la dimensión democrática del juez y convertirlo en el agente capaz de promover una nueva relación entre derecho y sociedad, es una premisa fundamental para recuperar la legitimidad institucional en los aparatos de impartición de justicia. Precisamente, cuando muchas voces dan por descontada la posibilidad de gobernarse democráticamente en un entorno globalizado de poderes difusos y de conflictos dinámicos, es cuando más urgente resulta reintroducir un esquema capaz de justificar los principios democráticos fundamentales. En este esfuerzo subyace la necesidad de promover nuevos esquemas de participación ciudadana, para radicalizar la conversación pública como instrumento central en este proceso. Es decir, en vez de asumir con resignación el planteamiento promovido desde algunos organismos internacionales que sostienen un modelo cosmopolita de la justicia universal sujeto al diseño de élites profesionales, se debe proponer un esquema novedoso, dinámico y democrático que articule las necesidades de las estructuras globales con la posibilidad irrestricta de la participación social en los debates.

Se debe pensar que las transformaciones sociales y políticas del mundo contemporáneo han superado los límites tradicionales del Estado-nación, y con ello la capacidad de esta entidad para gobernar el entorno. La globalización ha introducido nuevas dinámicas en las relaciones de poder que no se circunscriben al espacio, al tiempo y a las condiciones preestablecidas en las instituciones de la democracia representativa liberal. Esta nueva realidad ejerce una presión progresiva y constante sobre los principios básicos en los que se sustenta el modelo actual, y cuestiona la vigencia de sus postulados. Conceptos como la división de poderes, la soberanía popular y el constitucionalismo democrático recienten los embates de una sociedad postsoberana que ha perdido la confianza en sus instituciones básicas, y que reclama la necesidad de recuperar la legitimidad.

A lo largo de este capítulo se han expuesto algunas tesis del constitucionalismo popular, como propuesta para superar la crisis de legitimidad en las instituciones. Se ha considerado el desarrollo de una teoría alternativa al revisionismo judicial que promueva el

principio de justificación como razón pública, para salir del falso debate sobre quién tiene la última palabra en la determinación de la legalidad de los derechos. Estas ideas se presentan como instrumentos para reequilibrar el componente democrático del constitucionalismo, que ha perdido terreno frente al avance del componente liberal y sus condiciones.

En este sentido, también se ha criticado la imposición de una determinada visión occidentalizada de los derechos humanos, que supone el establecimiento de un modelo de justicia que aspira a la universalización. Se ha sostenido la imposibilidad de crear un consenso racional permanente que cancele el debate como mecanismo de disputa y revisión de los derechos por parte de la ciudadanía. Por lo tanto, se ha rechazado también la visión elitista de la función judicial que excluye a los ciudadanos de sus debates por considerarlos incapaces de reflexionar apropiadamente. Al contrario, se promueve la necesidad de un debate horizontal y permanente que tenga efectos pedagógicos, y contribuya a crear las condiciones mínimas necesarias para la deliberación pública.

Bajo estas condiciones particulares, se propone que el juez asuma una posición proactiva, dinámica e interactiva con la sociedad para convertirse en el facilitador de la conversación pública en lo concerniente a la aplicación de la justicia. El juez debe ser un agente social que reivindique nuevos esquemas democráticos para concebir un constitucionalismo contemporáneo que goce de mayor legitimidad, y se mantenga actualizado de manera constante. Para ello se requiere lo siguiente:

- Establecer una nueva relación entre la ciudadanía y el juez sustentada en determinados paradigmas fundamentales, que faciliten la conversación pública basada en procedimientos deliberativos. El juez debe asumir una posición de activista en la configuración de estarelación.
- Realizar una redefinición institucional que proyecte con mayor claridad las competencias y los alcances de los poderes públicos. El ciudadano debe ser capaz de reconocer la responsabilidad que tiene cada institución pública de tal manera que pueda formarse una opinión al respecto.

- Reelaborar discursivamente el espacio público para reintroducir una narrativa que promueva la participación democrática de la ciudadanía en el debate de sus derechos. Esto implica despojarse de la ideología liberal dominante que promueve una visión defensiva e individualista de los derechos humanos para potenciar el desarrollo de una conciencia social capaz de pensar en nuevos encuadres más democráticos y en su derecho irrestricto de participar.
- Radicalizar la conversación pública a través de la incorporación de espacios formales e informales de debate sobre el contenido de los derechos y la interpretación de los mismos. Estos espacios de conversación deben proliferar a través de múltiples esquemas deliberativos e incluyentes que se integran a la vez una función pedagógica. El juez debe ser un promotor permanente de esta conversación y participar activamente en ella. Sus posicionamientos y sentencias podrán constituir el inicio de nuevos debates y no su cierre definitivo. Esta conversación puede ser compartida por cualquier ciudadano interesado, pero también por cualquier estructura social organizada para ello.
- Aprovechar los esquemas de interacción social que ofrecen las nuevas tecnologías como una herramienta que permita disminuir los costes de la participación en los debates. Esto se refiere a la posibilidad de superar la necesaria presencia física en las conversaciones públicas, y con ello ampliar potencialmente la participación.

En conclusión, la radicalización de la conversación pública puede servir para recuperar la dimensión democrática del juez y su legitimidad. Estas conversaciones deben darse en un marco deliberativo, pero no limitarse a su configuración institucional, sino incorporar el debate a través de nuevas plataformas digitales. En este sentido, la tecnología característica de la globalización puede constituir una herramienta para afrontar los retos del constitucionalismo contemporáneo y rearticularlo en esquemas más pertinentes, sin perder su componente democrático.

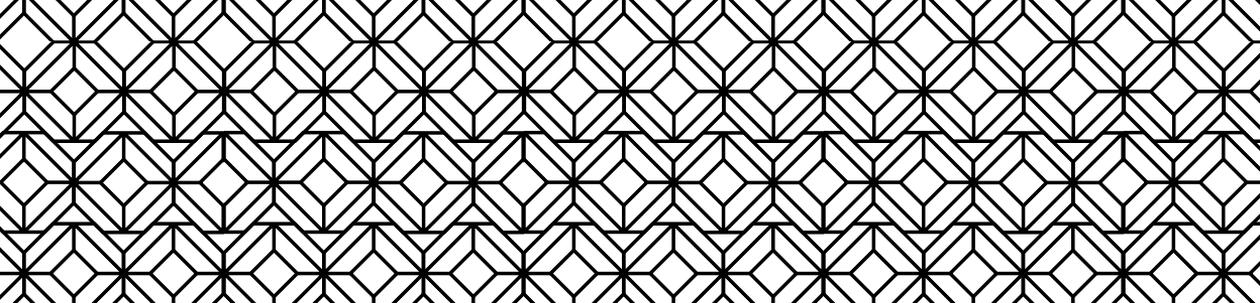
Bibliografía

- ARIAS, M. (2016). *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*. Madrid: Página Indómita.
- BALKIN, J. M. (1995). Populism and Progressivism as Constitutional Categories. *Yale Law Journal*, 104.
- BAUMAN, Z. y BORDONI, C. (2016). *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós.
- BAYÓN, J. C. (2008). ¿Democracia más allá del Estado? *Isonomía*, 28.
- BICKEL, A. (1962). The Durability of *Colegrove v. Green*. *Faculty Scholarship Series*, 3967.
- BOBBIO, N. (1995). Democracy and the International System. En D. Archibugi y D. Heald (eds.), *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*. Cambridge: Polity Press.
- BOHMAN, J. (2007). *Democracy Across Borders. From (demos) to (demoi)*. Londres: The MIT Press.
- CHEMERINSKY, E. (2004). In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism. *University of Illinois Law Review*.
- CABEZAS, A. (2013). *Postsobreranía: literatura, política y trabajo*. Buenos Aires: La Cebra.
- COHEN, J. y SABEL, C. (1997). Directly-Deliverative Polyarchy. *European Law Journal*.
- DAHL, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press.
- DEBORD, G. (1967). *La sociedad del espectáculo*. Francia: Buchet-Chastel.
- DEL ÁGUILA, R. (1997). La Política: El poder y la legitimidad. En *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Trotta.
- DWORKIN, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Massachusetts: Harvard University Press.
- DYZENHAUS, D. (1996). The legitimacy of legality. *University of Toronto Law Journal*, 46.
- DYZENHAUS, D. (2015). What is a Democratic Culture of Justification? En M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart.
- ESKRIDGE, W. (2001). Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. *Faculty Scholarship Series*, 1511.
- FRIEDMAN, B. (1993). Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, 91.
- FRIEDMAN, B. (2009). *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the*

- Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux.
- GARGARELLA, R. (2013). Diálogo con Roberto Gargarella sobre constitucionalismo popular. *Jura Gentium*.
- GOLDSTEIN, J. *et al.*, eds. (2001). *Legalization and World Politics*. Londres. The MIT press.
- GREPPI, A. (2012). *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (1998a). Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana. En R. del Águila *et al.*, *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza.
- HABERMAS, J. (1998b). *Facticidad y validez (sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*. Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (1999). La Inclusión del Otro. *Estudios de Teoría Política*.
- HEGEL, G. (1996). *Fenomenología del espíritu*. México: FCE.
- HELD, D. y McGrew, A., eds. (2002). *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. Oxford: Polity.
- HIRSCHL, R. (2005). The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. *The American Journal of Comparative Law*, 53(1).
- HOROWITZ, D. L. (2006). Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers. *Journal of Democracy*.
- HUNT, M. (2007). Reshaping Constitutionalism. En K. Morison y G. Anthony (eds.), *Judges, Transition, and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- HUNT, M. (2015). Introduction. En M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (pp. 1-25). Oxford: Hart.
- HUNTINGTON, S. (1998). *La tercera ola. La democratización a finales del siglo xx*. Barcelona: Paidós.
- JULLIEN, F. (2008). Universelles, les droites de l'homme? *Le Monde Diplomatique*, 24.
- KELSEN, H. (2002). *Pure Theory of Law*. California: The Lawbook Exchange.
- KRAMER, L. (2004). Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, 92(4).
- KRAMER, L. (2005). Undercover Anti-Populism. *Fordham Law Review*, 73.
- KRAMER, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

- MAIR, P. (2015). *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*. Madrid: Alianza Editorial.
- MANIN, B. (1987). On Legitimacy and Political Deliberation. *Institute for Advanced Study*, 15(3).
- MARCUSE, H. (1987). *El Hombre Unidimensional*. Barcelona: Ariel.
- MELERO, M. (2017). La legalidad como razón pública. Una visión colaborativa de la interpretación de los derechos en una democracia constitucional. *XIII Congreso de AECPA*, Santiago de Compostela.
- MOUFFE, C. (2003). *La paradoja democrática*. Barcelona: Paidós.
- MOUFFE, C. (2014). *Agonística: pensar el mundo políticamente*. Buenos Aires: FCE.
- MUREINIK, E. (1994). A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 10.
- NEUSTADT, R. E. (1990). *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*. Nueva York: The Free Press.
- NIEMBRO, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Insomnia*, 38.
- O'DONNELL, G. (1998). Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy*, 9(3).
- PINEDA, R. (2002). La democracia deliberativa. *Ius et praxis*, 8(2).
- PISARELLO, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta.
- POST, R. y Siegel, R. B. (2003). Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Faculty Scholarship Series*, 182.
- POST, R. y Siegel, N. S. (2007). Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin. *California Law Review*, 95.
- PRATS, J. (2005). Modos de gobernación de las sociedades globales. En A. Cerrillo (ed.), *La gobernanza de hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- PRZEWORSKI, A. y Maravall, J. M. (2003). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RENDUELES, C. (2017). *Antonio Gramsci. Escritos (Antología)*. Madrid: Alianza.
- SASSEN, S. (2010). *Territorio, autoridad, derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz.
- SIEGEL, R. (2001). Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. *Faculty Scholarship Series*, 1107.

- SIEGEL, R. (2005). El rol de los movimientos sociales como generadores del derecho en el derecho constitucional de Estados Unidos. En *Seminario de Teoría Constitucional y Política 2004*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SIEGEL, R. (2007). Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. *California Law Review*, 94.
- TRUBEK, D. y Trubek, L. (2005). Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of Open Method of Co-ordination. *European law journal*, 11(3).
- TUSHNET, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- TUSHNET, M. (2003). Non-Judicial Review. *Harvard Journal on Legislation*, 40.
- TUSHNET, M. (2006). Popular Constitutionalism as Political Law. *Chicago-Kent Law Review*, 81.
- URBINATI, N. (2013). Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentazione. *Campo Abierto*. Recuperado de https://encampoabierto.files.wordpress.com/2014/10/nadia-urbaniti_democraciaweb1.pdf
- WEBER, M. (1964). *Economía y sociedad*. México: FCE.
- ZOLO, D. (1997). *Cosmopolis: Prospects for World Government*. Cambridge: Polity Press.



El asesor jurídico, representante legal en el Sistema de Justicia Penal Adversarial y Acusatorio: un reto para los órganos jurisdiccionales

KRISTYAN FELYPE LUIS NAVARRO

La representación legal de las víctimas

Para poder dar una explicación razonable y certera en cuanto a la función de la asesoría jurídica a las víctimas de delitos en el Sistema de Justicia Penal en México, es prudente realizar un breve espacio para visualizar los contextos de aplicación del sistema acusatorio en América Latina. De suerte que la incorporación de juicios orales, públicos y concentrados, en reemplazo de los procesos escriturados de corte mixto inquisitivo, ha sido uno de los esfuerzos reformadores del sector justicia más notorio en Latinoamérica. La reseña cronológica y transformadora de un sistema de corte inquisitivo a uno acusatorio se puede observar en la siguiente tabla.

País	Año
Argentina	1991-1998
Guatemala, Costa Rica y El Salvador	1998

País	Año
Venezuela	1999
Chile y Paraguay	2000
Bolivia, Ecuador y Nicaragua	2001
Honduras	2002
República Dominicana	2004
Colombia	2005
Perú	2006
México	2008

Fuente: Secretaría General de Gobernación-Seteccc (2015: 26).

Cabe destacar que las legislaciones antes señaladas han retomado, entre otros, parámetros básicos establecidos en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1988), por lo que tienen similitudes estructurales.

En el caso mexicano, es relevante resaltar que a partir del año 2008 y hasta la fecha ha enfrentado una vorágine de cambios sociales, políticos y sobre todo jurídicos constitucionales de gran calado. Así, el presente documento se centrará en dos altamente relevantes: por un lado, la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública del 18 de junio de 2008; y, por otro, la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Reformas que tuvieron como principales frutos o resultados el Código Nacional de Procedimientos Penales, cuya entrada en vigor heterogénea y distinta al común de las normas se presentó de manera paulatina en las entidades federativas teniendo como plazo máximo el 18 de junio de 2016, incluyendo un nuevo gran sujeto procesal denominado asesor jurídico de víctimas; y la Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013 y reformada, o prácticamente derogada, mediante el decreto publicado el 3 de mayo del mismo año, y que establece en su art. 79 la creación del Sistema Nacional de Atención a Víctimas, el cual para su operación y cum-

plimiento de sus atribuciones contará con una Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, misma que fue debidamente constituida por decreto presidencial publicado el 8 de enero de 2014.

La Ley General de Víctimas puede ser señalada, sin lugar a dudas, como uno de los cuerpos normativos de más progresividad e innovación de todo el sistema jurídico mexicano e incluso regional. Además, esta ley desarrolla y reglamenta el que para algunos tratadistas es el numeral más importante de la norma jurídica de nuestra nación: el artículo primero constitucional, concretamente su párrafo tercero.¹

Los objetivos principales de las Comisiones Ejecutivas de Atención a Víctimas, pueden resumirse en los siguientes:

- Fungir como órgano operativo del Sistema Nacional de Atención a Víctimas.
- Garantizar la representación y participación directa de las víctimas y organizaciones de la sociedad civil en el Sistema Nacional y Sistemas Estatales de Atención a Víctimas, propiciando su intervención en la construcción de políticas públicas en dicha materia.
- Realizar labores de vigilancia, supervisión y evaluación de las instituciones integrantes del Sistema Nacional y Sistemas Estatales de Atención a Víctimas, con el objetivo de garantizar un ejercicio transparente de sus atribuciones.
- Ejercer las funciones y facultades que le encomienda la Ley General de Víctimas y demás disposiciones aplicables, como las legislaciones locales de cada entidad federativa.

De los objetivos de las Comisiones Ejecutivas se desprende incuestionablemente la imperante necesidad de contar con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión (Gobierno de México, 2017). En el Estado mexicano dicha necesidad encuentra su fundamento principal a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, forjando un

¹ “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

elemento esencial en el camino y búsqueda de lograr transformar el sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales; implicando responsabilidades inconmensurables en la impartición de justicia; abriendo la obligación directa de todos los operadores de justicia (Comisión de Víctimas); aplicando los controles constitucionales y convencionales justiciables al tenor del artículo primero constitucional; y asegurando en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales y las limitaciones a ellos, siendo esta última concebida al lenguaje interamericano como una legítima restricción a los supuestos de proporcionalidad, idoneidad y efectividad.

Además, la armonización de la Ley General de Víctimas en las diversas entidades federativas es uno de los siguientes pasos obligados a cumplir. Un ejemplo de ello lo constituye la Ley de Atención a Víctimas del Estado de Jalisco, publicada en el *Periódico Oficial El Estado de Jalisco* el 27 de febrero de 2014, con entrada en vigor a los 30 días de su publicación y ha sido reformada en dos ocasiones.² Esta ley es de orden público, interés social y de estricta observancia en todo Jalisco. Es reglamentaria del art. 1, párrafos 3, 17 y 20, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, dicha normativa no se encuentra aún completamente armonizada con la última reforma realizada a la Ley General de Víctimas, y dicha situación es generalizada en la república mexicana.

El nuevo andamiaje jurisdiccional en materia penal en México exige la participación del asesor jurídico de víctimas, elemento prioritario en la defensa de los derechos humanos de las personas en más grave situación de vulnerabilidad. Actualmente y de manera ideal, se encuentra integrada por un nutrido grupo de asesores jurídicos que deben ser profesionales del derecho con título, una junta directiva, una dirección general y una unidad administrativa. Además, sus funciones prioritarias son:

² Mediante los decretos 25334/LX/15 del 25 de abril de 2015 y 25840/LXI/16 del 11 de octubre de 2016. En el primero, se reformó el art. 5, en tanto que en el segundo se reformó el art. 46.

- Coordinar el servicio de la asesoría jurídica para las víctimas.
- Coordinar el servicio de representación y asesoría jurídica de las víctimas en materia penal, civil, laboral, familiar, administrativa y de derechos humanos.
- Seleccionar y capacitar a los servidores públicos adscritos a la asesoría jurídica.
- Designar en cada órgano jurisdiccional y no jurisdiccional en materia penal cuando menos un asesor.
- Celebrar convenios de coordinación.
- Demás que se requiera para la defensa de los derechos de las víctimas.

Es responsabilidad de la asesoría jurídica que las víctimas reciban información clara, precisa y accesible sobre las rutas y recursos para llegar al pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, han de ser las víctimas quienes en todo momento tomen las decisiones sobre las posibilidades de acceso a la justicia con la información que le otorga la asesoría, brindando un enfoque diferencial y especializado a grupos en situación de vulnerabilidad, tomando en cuenta su edad, su género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad o nacionalidad, entre otros.

La asesoría jurídica, de manera complementaria a lo establecido en los ordenamientos enumerados en el marco jurídico, dispondrá de mecanismos que abonen a la eficacia en la operatividad de sus atribuciones establecidas en el art. 20, apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, disponiendo del protocolo que establece lineamientos para la actuación del asesor jurídico dentro del proceso penal acusatorio, debiendo considerarse los protocolos y procedimientos especiales que existan para el caso concreto. De tal manera que de la asesoría jurídica se desprende el asesor, uno de los más importantes sujetos procesales que incorpora la reforma constitucional de 2008 dentro de la participación del sistema de justicia penal.

El asesor jurídico, como una de las partes en el procedimiento penal acusatorio (art. 105, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales), se encuentra revestido de diversas atribuciones (art. 169 de la Ley General de Víctimas), mismas que se

traducen en actos y actividades que debe desarrollar a lo largo del mismo con la finalidad de salvaguardar los derechos de la víctima, teniendo por compromiso atender a cada víctima con respeto irrestricto a su dignidad.

El acceso a la justicia para la defensa y la asesoría jurídica debe ser adecuada e inmediata, tal como lo consagra el art. 17 del Código Nacional de Procedimientos Penales al citar que la defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su defensor o a través de este. El defensor deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado y con cédula profesional. Igualmente, la víctima u ofendido tendrá derecho a contar con un asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable (Gobierno de México, 17 de junio de 2016: párrafo tercero). Por lo que el objetivo de la intervención del asesor radica en la efectividad de cada uno de los derechos y garantías de la víctima u ofendido, en especial los derechos a la protección, la verdad, la justicia y la reparación integral, y vigilar el debido proceso, asegurando la objetividad de la investigación; siendo sus atribuciones las siguientes:

- Hacer efectivo cada uno de los derechos y garantías de las víctimas.
- Brindar información clara, accesible y oportuna.
- Asesorar y asistir a las víctimas en todo acto y procedimiento ante la autoridad.
- Formular denuncias o querellas.
- Representar a la víctima en los procedimientos penales.
- Informar y asesorar sobre las medidas alternativas de resolución de conflictos.
- Vigilar la efectiva protección y goce de los derechos de las víctimas en las actuaciones ejercidas.

Del Código Nacional de Procedimientos Penales al incorporar al asesor jurídico, cuya función principal será la de orientar y representar los derechos que le asisten a la víctima u ofendido en el procedimiento penal, y estará en igualdad de condiciones que el defensor, se desprende que la víctima es titular de los siguientes derechos:

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas u ofendidos podrán designar a un Asesor jurídico, el cual deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional. Si la víctima u ofendido no puede designar uno particular, tendrá derecho a uno de oficio.

Cuando la víctima u ofendido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento.

La intervención del Asesor jurídico será para orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido.

En cualquier etapa del procedimiento, las víctimas podrán actuar por sí o a través de su Asesor jurídico, quien sólo promoverá lo que previamente informe a su representado. El Asesor jurídico intervendrá en representación de la víctima u ofendido en igualdad de condiciones que el defensor (Gobierno de México, 2016).

En este sentido, podemos advertir que al momento de las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, son susceptibles de ser impugnadas por la víctima u ofendido. Para ello, se requiere que le informen a la víctima el sentido de la determinación, los motivos por los cuales se dictó, el derecho que tiene para impugnarla y el plazo concedido para tal efecto.

En consecuencia, al advertir que a los agentes del Ministerio Público se les impone la obligación de velar por los intereses de las víctimas y a los jueces la obligación de garantizar la vigencia de sus derechos, no podemos exigirle al primero que impugne una resolución que el mismo emitió, mientras que el segundo está impedido para actuar oficiosamente, a efecto de verificar la legalidad de la actuación. Aunado a lo anterior, cabe señalar que la legislación procesal introduce novedosas instituciones como las denominadas soluciones alternas (acuerdos reparados y la

suspensión condicional del procedimiento), en las que la satisfacción de los intereses de la víctima está en el primer plano de consideración para la terminación anticipada del procedimiento mediante una asesoría jurídica por parte de su asesor, quien se encargará de velar la reparación del daño acorde a las necesidades de las víctimas.

Por lo cual, es necesario que desde el primer contacto que tenga la víctima con el sistema, se le asigne un asesor jurídico que vele por sus intereses durante todo el procedimiento, con la finalidad de lograr una efectiva tutela de sus derechos; recordando que dicha intervención radica en cualquier etapa procedimental de conformidad al Código Nacional de Procedimientos Penales (Gobierno de México, 17 de junio de 2016). No obstante, al dilucidar dichas facultades que revisten la función del asesor jurídico, es menester examinar ahora la labor que enfrenta de manera opositora el defensor de oficio en el nuevo sistema de justicia penal.

Defensoría jurídica

En materia penal se le denomina defensor (público o privado) a aquel profesional del derecho que brinda asistencia técnica y representa los derechos de una persona imputada por la comisión de un delito, a fin de garantizarle una adecuada defensa, materializar todos los derechos que integran el debido proceso penal y proveerle de igualdad de instrumentos frente al Ministerio Público o parte acusadora.

La reforma constitucional establece que el defensor debe ser licenciado en derecho con cédula profesional, pero antes el imputado podía “ser representado por una persona de confianza”, que en la mayoría de los casos no era un abogado, situación que generaba violaciones a sus derechos al no garantizarle el acceso a una defensa adecuada. El imputado puede solicitar un defensor desde el momento en que se le detiene, y declarar sólo cuando su defensor esté presente (Gobierno de México, 2 de junio de 2016).

La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, quien es la contraparte de la víctima en el proceso

penal, que está regulado expresamente en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948;³ el art. 14, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966;⁴ y nuestra carta magna establece en el art. 17 que dicha defensa deberá ejercerla siempre con la asistencia de su defensor o a través de este.

Artículo 115. Designación de Defensor

El Defensor podrá ser designado por el imputado desde el momento de su detención, mismo que deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado con cédula profesional. A falta de éste o ante la omisión de su designación, será nombrado el Defensor público que corresponda.

La intervención del Defensor no menoscabará el derecho del imputado de intervenir, formular peticiones y hacer las manifestaciones que estime pertinentes.

Artículo 116. Acreditación

Los Defensores designados deberán acreditar su profesión ante el Órgano jurisdiccional desde el inicio de su intervención en el procedimiento, mediante cédula profesional legalmente expedida por la autoridad competente. [...]

³ “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma en inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

⁴ “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

Artículo 118. Nombramiento posterior

Durante el transcurso del procedimiento el imputado podrá designar a un nuevo Defensor, sin embargo, hasta en tanto el nuevo Defensor no comparezca a aceptar el cargo conferido, el Órgano jurisdiccional o el Ministerio Público le designarán al imputado un Defensor público, a fin de no dejarlo en estado de indefensión.

Artículo 119. Inadmisibilidad y apartamiento

En ningún caso podrá nombrarse como Defensor del imputado a cualquier persona que sea coimputada del acusado, haya sido sentenciada por el mismo hecho o imputada por ser autor o partícipe del encubrimiento o favorecimiento del mismo hecho.

Artículo 120. Renuncia y abandono

Cuando el Defensor renuncie o abandone la defensa, el Ministerio Público o el Órgano jurisdiccional le harán saber al imputado que tiene derecho a designar a otro Defensor; sin embargo, en tanto no lo designe o no quiera o no pueda nombrarlo, se le designará un Defensor público (Gobierno de México, 17 de junio de 2016).

El imputado dentro del procedimiento tiene derecho a designar el número de defensores que considere convenientes, los cuales en las audiencias tomarán la palabra en orden y actuarán en todo caso con respeto. Para la celebración de audiencia, es suficiente la presencia de cualquiera de ellos. Si el imputado es indígena, el Estado debe garantizar una defensa que conozca los usos y costumbres del pueblo indígena al que pertenece y en su caso la lengua indígena que corresponda.

El derecho de contar con un defensor no limita el derecho del defendido a intervenir, hacer peticiones directamente al juez y hacer comentarios durante el juicio; incluso, el imputado está protegido también por un juez, que de considerar que el abogado es deficiente o carece de conocimiento y habilidad para operar el nuevo sistema de justicia, podrá ordenar relevarlo, poniendo a consideración del imputado un nuevo nombramiento o el juez le proporcionará un defensor público. Las obligaciones del defensor son:

Artículo 117. Obligaciones del Defensor

- I. Entrevistar al imputado para conocer directamente su versión de los hechos que motivan la investigación, a fin de ofrecer los datos y medios de prueba pertinentes que sean necesarios para llevar a cabo una adecuada defensa;
- II. Asesorar al imputado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos punibles que se le atribuyen;
- III. Comparecer y asistir jurídicamente al imputado en el momento en que rinda su declaración, así como en cualquier diligencia o audiencia que establezca la ley;
- IV. Analizar las constancias que obren en la carpeta de investigación, a fin de contar con mayores elementos para la defensa;
- V. Comunicarse directa y personalmente con el imputado, cuando lo estime conveniente, siempre y cuando esto no altere el desarrollo normal de las audiencias;
- VI. Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa;
- VII. Presentar los argumentos y datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito, o aquellos que permitan hacer valer la procedencia de alguna causal de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad a favor del imputado y la prescripción de la acción penal o cualquier otra causal legal que sea en beneficio del imputado;
- VIII. Solicitar el no ejercicio de la acción penal;
- IX. Ofrecer los datos o medios de prueba en la audiencia correspondientes y promover la exclusión de los ofrecidos por el Ministerio Público o la víctima u ofendido cuando no se ajusten a la ley;
- X. Promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;
- XI. Participar en la audiencia de juicio, en la que podrá exponer sus alegatos de apertura, desahogar las pruebas ofrecidas, controvertir las de los otros intervinientes, hacer las objeciones que procedan y formular sus alegatos finales;
- XII. Mantener informado al imputado sobre el desarrollo y seguimiento del procedimiento o juicio;

- xiii. En los casos en que proceda, formular solicitudes de procedimientos especiales;
- xiv. Guardar el secreto profesional en el desempeño de sus funciones;
- xv. Interponer los recursos e incidentes en términos de este Código y de la legislación aplicable y, en su caso, promover el juicio de Amparo;
- xvi. Informar a los imputados y a sus familiares la situación jurídica en que se encuentre su defensa, y
- xvii. Las demás que señalen las leyes (Gobierno de México, 17 de junio de 2016).

El derecho de defensa del imputado alcanza el ámbito extraprocésal, es decir, desde el conocimiento de la noticia criminal y hasta el final del proceso, surge entonces la necesidad de ser informado de los cargos que se formulen en su contra, así como de los elementos de cargo con los que se cuenten.

En la etapa intermedia se proyecta, respecto de la acusación formal, el derecho que le otorga nuestra carta magna al imputado de ser notificado para poder ejercer su derecho de defensa; esto es, se debe correr traslado del requerimiento de acusación para conocimiento del titular con tiempo idóneo suficiente para articular su defensa, ya sea deduciendo excepciones, medios técnicos de defensa, presentando tachas o las pruebas de descargo que estime pertinente.

La garantía de toda persona detenida o imputada, es la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo, y el Estado garantiza el cumplimiento de esta garantía otorgando el derecho a la defensa. Este derecho es una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. El contar con una defensa técnica tiene las mismas condiciones que el agente del Ministerio Público, y se disminuye el error en las intervenciones durante las etapas del proceso, cumpliendo así con el sistema acusatorio adversarial, entre ambas partes, para que en el litigio lograr demostrar la verdad y se haga justicia, sin vulnerar los derechos humanos.

El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar a las personas en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto

del mismo, cumpliendo con lo que establece el art. 1 constitucional. Es necesario que la defensa se tome el tiempo de escuchar a la persona imputada para obtener los elementos que le permitan armar una teoría del caso, a partir de los medios probatorios y las relaciones con personas y circunstancias que aquella pueda aportar para el desarrollo de su proceso.

El uso de lenguaje sencillo y comprensible por parte del defensor permite a la persona imputada comprender los pormenores del juicio y sus respectivos derechos, con lo que podrá tomar decisiones. Además de tener el derecho a una defensa técnica, el imputado cuenta con los siguientes derechos en el procedimiento:

- Intimidad y a la privacidad.
- Justicia pronta.
- Defensa adecuada e inmediata.
- Garantía de ser informado(a) de sus derechos.
- Respeto a la libertad personal.

Es indiscutible verificar las similitudes que guardan ambas figuras jurídicas dentro de la impartición de justicia penal; dichas tendencias actuales dentro del sistema penal acusatorio ponen de manifiesto la intención del legislador de lograr un equilibrio entre el procesado y la víctima. Ello se refleja con la inclusión de los derechos de este último en la carta magna, en un apartado diverso del mismo precepto donde se contemplan los del inculpado, lo que trajo como resultado en nuestro Estado la creación de la figura del asesor jurídico.

Consideramos que la novedad plasmada en el campo del derecho constitucional, fortalece la garantía de defensa de quienes suelen ser los protagonistas principales del escenario delictivo –inculpado y ofendido–, y significa un avance en la preocupación del Estado de proveer instrumentos de justicia al alcance de la sociedad. Lo anterior nos permite encontrar el primer punto coincidente entre las figuras del defensor de oficio y el asesor jurídico, debido a la obligación que emerge por parte de dichos sujetos procesales de brindar el asesoramiento técnico que requieren las partes que cada uno representa.

Ya en la fase de la indagatoria, la semejanza entre ambas figuras surge porque en su carácter de defensores del inculgado o de la víctima, se encuentran en el mismo plano de igualdad para tener conocimiento de los hechos que motivan el inicio de la averiguación previa, correspondiéndoles a ellos proporcionar la atención y asesoría que se requiera para hacerles saber a sus patrocinados los derechos que a su favor se consagran en la constitución, así como para aportar las pruebas que consideren convenientes para la defensa de sus intereses, debiendo estar pendientes del desarrollo de la indagatoria hasta que culmine con el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal. Por lo que el panorama ante el órgano jurisdiccional en las diversas etapas, ambos (defensor de oficio y asesor jurídico) tienen acceso a todas y cada una de las actuaciones que su contraparte aporte para acreditar, bien sean las pretensiones o las excepciones que resulten, por tal razón les son notificadas todas las resoluciones que recaen en la causa.

Respecto a las discrepancias que surgen ante el órgano jurisdiccional, encontramos que el papel asumido por el defensor de oficio es protagónico, esto es, incumbe a todas las actuaciones (la declaración preparatoria del inculgado, incluyendo las diligencias relacionadas con el beneficio a la libertad provisional bajo caución al que pudiera tener derecho), así como a los efectos de los recursos que puede interponer en contra de las determinaciones jurisdiccionales, lo que no ocurre con el asesor jurídico, ya que con base en las interpretaciones legales de los diversos preceptos del código adjetivo en materia penal, se le ha asignado la encomienda de proporcionar la asesoría relativa a que la víctima logre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito cometido en su contra, restringiéndose las inconformidades que plantea a esta cuestión, pero sin que dicha función la lleve a cabo como actor principal, sino en forma compartida con el Ministerio Público, por ser a este a quien legalmente se le faculta para promover la acción civil de reparación de daños, reduciéndose la participación del asesor a un papel secundario; tan es así, que incluso por imperativo legal se le limita en la declaración preparatoria del inculgado, por ser ajena al tema de su incumbencia.

Desde una perspectiva crítica, la discordancia expuesta resulta trascendental por ser precisamente la que conduce a cuestionar la multicitada homologación de la figura del asesor con la del defensor de oficio, y a proponer una opción diferente, pero para arribar a ella hemos de analizar esta situación con mayor detenimiento.

Conclusiones

Resulta claramente posible observar al Sistema Nacional de Atención a Víctimas mexicano como el nuevo andamiaje institucional y jurídico en la impartición de justicia, y a la indiscutible relevante labor del asesor jurídico y su opositor, el defensor de oficio, como dos categorías que han de ser analizadas de manera indisoluble. La progresividad de los derechos humanos, en nuestro sistema jurídico mexicano, ha impactado en el actuar de los órganos encargados de impartir justicia, y sobre todo en materia penal, en donde ambas partes se encuentran protegidas y forman parte del proceso, no sólo como objetos de la investigación del delito.

El camino por recorrer en materia penal, en búsqueda del acceso a la justicia, es largo y no será sencillo. El sujeto y parte procesal de la víctima y su asesor jurídico no han logrado alcanzar la equidad o equilibrio de peso en el proceso. Un ejemplo claro que ello es la designación oficiosa que los juzgadores realizan de asesores jurídicos tanto en el procedimiento como en los recursos de alzada, lo que vulnera el derecho de la víctima a decidir, autorizar y estar en constante comunicación con su asesor jurídico. Reacción jurisdiccional que deviene de la necesidad de impedir que dicho procedimiento recurso sea procesalmente repuesto.

En el sistema de justicia penal adversarial, encontramos deficiencias e ineficacias no sólo en los sujetos procesales defensores, agentes del Ministerio Público y jueces, sino además con mucha mayor virulencia en la figura del asesor jurídico de víctimas. Todos ellos requieren de constante capacitación y posterior evaluación respecto de la operación correcta del sistema.

La emisión de la Ley General de Víctimas, su posterior práctica derogación y su última reforma profunda, han generado confusión y tardía implementación de los Sistema Nacional y Sistemas Estatales de Atención a Víctimas. La falta de instalación y funcionamiento de la totalidad de las Comisiones Ejecutivas Estatales generan un caldo de cultivo para un probable colapso del sistema de justicia penal adversarial. No es la designación oficiosa de asesores jurídicos por parte del órgano jurisdiccional en el proceso la salida correcta para salvaguardar y garantizar el cumplimiento del ejercicio de los derechos de la víctima, sino la correcta inclusión de la misma en el proceso, desde el comienzo de la carpeta de investigación y hasta la resolución de los recursos de alzada.

Bibliografía

- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1988). Recuperado de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gobierno de México (2 de junio, 2016). ¿Quiénes son los actores del nuevo Sistema de #JusticiaPenal? *Blog de Justicia Penal*. Recuperado de <https://www.gob.mx/justiciapenal/articulos/quienes-son-los-actores-del-nuevo-sistema-de-justiciapenal>
- Gobierno de México (17 de junio, 2016). Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf
- Gobierno de México (3 de enero, 2017). Ley General de Atención a Víctimas (art. 88, cap. III). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.conocer.gob.mx/templates/conocer/modulos_conocer/pdf/LEY%20GENERAL%20DE%20VICTIMAS.pdf
- Gobierno del Estado de Jalisco (27 de febrero, 2014). Ley de Atención a Víctimas del Estado de Jalisco (art. 1, párrafo primero). *Periódico Oficial El Estado de Jalisco*.
- MACHIORI, H. (2007). Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas. En S. García y O. Islas (coords.), *Panorama Internacional sobre*

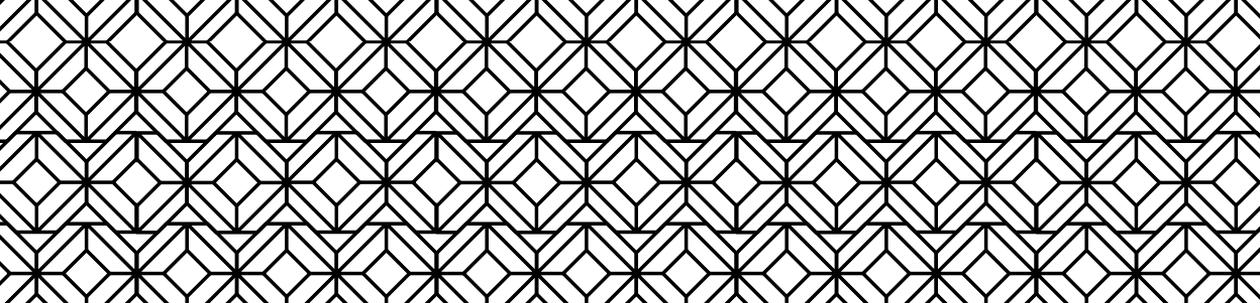
Justicia Penal. Política criminal, derecho penal y criminología. Ciudad de México: UNAM.

MARTÍNEZ, V. (2003). Víctimas y justicia penal. En S. García y A. Vargas (coords.), *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas Jornadas sobre Justicia Penal.* Ciudad de México: UNAM.

Ministerio Público (2015). *Guía estratégica de litigación en audiencias preliminares.* México: Instituto de Justicia Procesal Penal.

NEYRA, J. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral.* Lima: Idemsa.

Secretaría General de Gobernación-Setecc (2015). *Manual para la enseñanza docente de Asesores Jurídicos de Víctimas. Texto dirigido para el Programa de Capacitación Integral 2015 Perfil de Asesor Jurídico de Víctimas.* Recuperado de <http://setecc.gobiernodigital.gob.mx/wp-content/uploads/sites/12/2015/07/08-Texto-dirigido-Perfil-ASESOR-JURIDICO-DE-VICTIMAS.pdf>



El mal llamado federalismo judicial a la luz de la Ley de Amparo de 1869

JOSÉ BARRAGÁN

Presentación del tema

El federalismo judicial, hablando en general, es una doctrina que se elabora a partir de la interposición de los juicios de amparo ante la jurisdicción federal, en contra de actos y sentencias de los jueces de las entidades locales. Es una doctrina, desde luego, ampliamente aceptada por los autores especializados mexicanos e intensamente patrocinada por el Poder Judicial federal, que la interpreta como una medida positiva, porque se dice que protege de mejor manera al particular en contra de las violaciones a sus derechos y garantías constitucionales; y se señala también que es muy favorable para el funcionamiento del federalismo, sin que yo sepa exactamente el porqué de esta última afirmación.

En efecto, en el título que le he dado a esta investigación, ya va impresa la calificación que a mí me ha merecido tanto la denominación de “federalismo judicial” como la doctrina que de él se ha originado: es una mala denominación, porque es contraria al federalismo, consagrado, entre otros, en el art. 39 en relación con los arts. 40 y 41, fracción primera, los cuales reconocen y otorgan soberanía plena en su régimen interno a cada una de las entidades locales, reconocidas en estos artículos como Estados libres, independientes y soberanos.

En los hechos, se trata de un problema muy serio que, en mi opinión, actualiza o siempre mantiene actualizada, la acalorada discusión de que fue objeto la interposición del primer juicio de amparo en contra de un acto de un poder judicial de un Estado, y que ocasionó al menos el pretexto para la emisión de la segunda ley reglamentaria de los juicios de amparo de 1869, la cual prohibió, de manera directa y expresa, dichos juicios de amparo en materia judicial.

Me propongo, pues, en esta investigación examinar el planteamiento jurídico, usado como motivo por el Congreso para derogar la procedencia de los juicios de amparo en materia judicial, incorporada al enunciado del art. 8 de la ley reglamentaria de estos juicios del 19 de enero de 1869, fecha de su aprobación por dicho Congreso.

Breve referencia a sus antecedentes

Sin ánimo de hablar aquí y ahora sobre los orígenes de los juicios de amparo, regulados en la Partida Tercera por más de ciento veinte leyes, vigentes y aplicadas todavía por las fechas en las que se incorpora el juicio de amparo al texto constitucional de 1857, sí quisiera recordar, para tener presente el dato, que ni Mariano Otero, ni el Acta de Reformas de 1847, admitieron la aplicación de los juicios de amparo en contra del poder judicial, ya fuese en la federación o los estados; y se cuestiona, en este debate, si la propia Constitución de 1857 lo admitió o no.

Referencia al voto particular de Mariano Otero y al Acta de Reformas

Como se sabe, durante los trabajos de la Asamblea Constituyente, que se instaló en diciembre de 1846 (Tena, 1980), Mariano Otero, miembro de la comisión de constitución, al disentir del planteamiento hecho por sus compañeros de dicha comisión, presentó su famoso voto particular a la consideración del pleno, el cual, con ligeras variaciones, se aprobó luego como Acta de Reformas el día 21 de mayo de 1847.

La doctrina, generalmente, nada más se detiene a examinar y ponderar lo relativo a la propuesta de Mariano Otero sobre juicios de amparo, sin tomar en cuenta los términos completos de su propuesta. Aquí la voy a plantear esquemáticamente:

- Reconocimiento de los derechos del hombre en la Constitución General.
- Las garantías para su protección fueran incorporadas a ciertas leyes, que se denominarían “leyes constitucionales”.
- Combatir la inconstitucionalidad de las leyes federales y estatales; propuso una fórmula para declarar su inconstitucionalidad con efectos generales.
- Encomendar dicho amparo y protección al poder judicial de la federación.

Sobre el reconocimiento de los derechos del hombre en la Constitución General

Mariano Otero entiende que, hasta ese momento, no ha sido posible garantizar de manera eficaz los derechos individuales, cuya competencia se había depositado en la esfera interna de cada entidad federativa:

Desde 1832 comenzó a observarse que la Constitución federal debía arreglar el ejercicio de los derechos del ciudadano, y yo he creído que *ésta* debe ser la primera de las reformas, persuadido como lo estoy de que en este punto es en el que se caracteriza y asegura el principio de la forma de los gobiernos, según que se extienden o se limitan esos derechos.

Dominado por este pensamiento, propongo que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, dejando a una ley posterior, pero general y de un carácter muy elevado, el detallarlos (Tena, 1980).

Es la primera reforma que debe hacerse, porque efectivamente ni la Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, ni la posterior Constitución General de ese mismo año, contenían una declaración de derechos, con la excepción de ciertas garantías procesales que sí venían en la Constitución: “El medio copiado de las insti-

tuciones del Norte, y adoptado por las nuestras de 1824, de dejar ese arreglo a cada uno de los estados, me parece peligroso y poco consecuente” (Tena, 1980).

Sobre su garantía por leyes constitucionales

En efecto, Mariano Otero en diferentes pasajes habla de la necesidad de garantizar la eficacia de su propuesta, aprobando leyes especiales:

Pero como esta ley, la de garantías, la de responsabilidad, y las demás en que se reglamente la acción de los Poderes Supremos no deben ser iguales, sino superiores a todas las otras leyes secundarias, se establece que ellas sean caracterizadas y distinguidas con el nombre especial de constitucionales, y que no se reformen sino mediante un espacio de seis meses entre la presentación del dictamen de lo proponga y su discusión (Tena, 1980).

En mi opinión, se trata de una fórmula muy interesante, que se ha incorporado a los textos de la Constitución de 1857 y la vigente de 1917, pero jamás fue reglamentada, al menos tal como la proponía Otero. Por lo demás, se trata de una fórmula que, por lo que se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes locales, ya había usado en el pasado el Congreso general. Veamos cómo lo explica:

Expuesto así cuanto me parece necesario variar en la Constitución, es preciso ocuparse de otro punto interesantísimo omitido en ella, o por lo menos tratado muy ligeramente.

¿Cuáles son los límites respectivos del poder general y del poder de los Estados? Y una vez conocidos estos límites, ¿cuáles son los mejores medios de precaver la recíproca invasión, de manera que ni el poder del centro ataque la soberanía de los Estados, ni éstos disuelven la Unión, desconociendo o usurpando sus facultades?

[...]

El artículo 14 del proyecto de reformas, estableciendo la máxima de que los Poderes de la Unión son poderes excepcionales y limitados solo a los objetos expresamente designados en la constitución, da a la soberanía de los Estados toda la amplitud y seguridad que fuera de desearse (Tena, 1980).

Esta idea de las limitaciones impuestas a los Poderes de la Unión se encuentra en el art. 21, que dice: “Los Poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan solo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción” (Tena, 1980).

Y por lo que observa de las limitaciones de los poderes de los estados, comenta:

Mas por esto mismo, y por la teoría fundamental que ya indiqué al expresar las razones por las cuales tocaba al poder general arreglar los derechos del ciudadano, es necesario declarar también que ninguno de los Estados tiene poder sobre los objetos acordados por todos a la Unión, y que no siendo bajo este aspecto más que partes de un todo compuesto, miembros de una gran República, en ningún caso pueden por *sí* mismos, en uso de su soberanía individual, tomar resolución alguna acerca de aquellos objetos, ni proveer a su arreglo, más que por medio de los Poderes Federales, ni reclamar más que el cumplimiento de las franquicias que la Constitución les reconoce (Tena, 1980).

A continuación, Otero habla acerca de los medios para hacer eficaces las prevenciones generales que acabamos de mencionar; o medios para combatir los abusos derivados del ejercicio del poder soberano encomendado a dichos poderes. Sobre este punto hace la siguiente diferenciación: “Hechas estas declaraciones, solo quedan por establecer los medios de hacerlas efectivas, y para esto es necesario distinguir los abusos que puedan cometerse, según que ellos afecten los derechos de las personas, o las facultades de los poderes públicos” (Tena, 1980).

Para el supuesto de violaciones al pacto federal

Para este supuesto, propone lo siguiente:

Para este último evento, es indispensable dar al Congreso de la Unión el derecho de declarar nulas las leyes de los Estados que importen una violación del Pacto federal, o sean contrarias a las leyes generales; porque de otra manera el poder de un Estado seria superior al de la Unión, y el de esta se convertiría en una mera.

Pero para evitar que se hagan declaraciones imprudentes, ya se consulta que estas leyes solo puedan iniciarse en la Cámara de Senadores, la cual representa el principio federativo en toda su fuerza y da las mejores garantías en calma y circunspección (Tena, 1980).

Sobre este particular, el art. 22 del texto definitivo establece lo siguiente: “Toda ley de los Estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración solo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores” (Tena, 1980).

Para el supuesto de violaciones al régimen soberano de los estados

Al respecto, Otero hace la siguiente propuesta: “además se establece que la mayoría de las Legislaturas de los Estados tenga el derecho de decidir en todo caso si las resoluciones del Congreso General son o no anticonstitucionales” (Tena, 1980).

Veamos ahora su redacción en el articulado del acta:

Art. 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anti-constitucional, o por el Presidente, de acuerdo con su ministerio, o por diez diputados, o seis senadores, o tres Legislaturas, la suprema corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la suprema corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas (Tena, 1980).

La justificación de una y otra propuesta

Para justificar las propuestas, dice lo siguiente: “De esta manera cada Estado en particular está sometido a la Unión y el conjunto de todos será el árbitro supremo de nuestras diferencias y el verdadero poder conservador de las instituciones. Si hay todavía otro medio más eficaz

de robustecer el principio federativo, si se conoce otra mejor garantía de las libertades de los cuerpos confederados, yo no la propongo, porque no la conozco” (Tena, 1980: 475).

Sobre la encomienda del amparo al poder judicial federal

Sobre este particular, señala:

Los ataques dados por los poderes de los Estados y por los mismos de la Federación a los particulares, cuentan entre nosotros por desgracia numerosos ejemplares, para que nos sea sobremanera urgente acompañar el restablecimiento de la Federación con una garantía suficiente para asegurar que no se repetirán más. Esta garantía sólo puede encontrarse en el poder judicial, protector nato de los derechos de los particulares, y por esta razón el solo conveniente. Aún en las monarquías absolutas, refugiada la libertad en el recinto de los tribunales, ha hecho que la justicia encuentre allí un apoyo cuando han faltado todas las garantías políticas (p. 475).

Esta garantía se encuentra en el art. 25 del acta de la siguiente manera:

Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare (p. 475).

Y se justifica en la parte de exposición de motivos diciendo:

Un escritor profundo ha observado que la amplitud y respetabilidad del Poder Judicial era el más seguro signo de la libertad de un pueblo, y por esto yo no he vacilado en proponer al Congreso que eleve a grande altura el Poder Judicial de la Federación, dándole el derecho de proteger a todos los habitantes de la República en el goce de los derechos que les aseguren la Constitución y las leyes constitucionales contra todos

los atentados del Ejecutivo o del Legislativo, ya de los Estados o de la Unión. En Norte América este poder salvador provino de la Constitución, y ha producido los mejores efectos. Allí el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquella y no *ésta*, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace imponente.

Una institución semejante es del todo necesaria entre nosotros; y como ella exige que los tribunales federales se organicen de un modo correspondiente, las reformas propuestas dejan a las leyes constitucionales la determinación de este punto (p. 465).

Estos serían los puntos fundamentales de la propuesta de Mariano Otero. Una propuesta muy compleja pero también completa para mantener la vigencia del pacto federal en sus límites exactos establecidos en la Constitución, reprimiendo y castigando los abusos que pudieran cometer los poderes federales o estatales, como lo dice nuestro ilustre jalisciense.

Referencia a la Constitución de 1857

La Asamblea Constituyente de 1856 y 1857 incorpora todas estas propuestas Otero. Las discute y, de hecho, las aprueba como parte importante del texto constitucional de 1857. La materia de derechos del hombre se incorpora principalmente bajo el rubro del título primero, sección 1, que habla “De las garantías individuales” del art. 1 al 29.

Cabe mencionar que la preocupación de Mariano Otero relativa a fijar con exactitud los límites del ejercicio de las facultades de los poderes federales, para evitar los abusos en detrimento de la soberanía interna de los estados, se encuentra en el art. 117, actual art. 124 del texto ahora mismo en vigor.

El régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos viene regulado bajo el título cuarto, el cual habla “De la responsabilidad de los funcionarios públicos”, del art. 103 al 108. No se reconoce fuero alguno para ningún funcionario público, ni siquiera para el presidente de la república, según el art. 13 en relación con el 108.

La propuesta de Otero acerca de la forma en que debían resolverse la recíproca invasión del orden federal sobre el local y viceversa, definitivamente no se incluyó en la Constitución de 1857, y se justifica por Ponciano Arriaga de la siguiente manera: “Si México no adopta este sistema tiene que renunciar a la forma federal, porque ella es imposible si se vuelve a lo que antes se practicaba, es decir, que las leyes de los estados sean anuladas por el Congreso, y las del Congreso por las legislaturas. Esto no engendra más que conflictos y dificultades que conducen a la anarquía” (Nieto, s.f.: 1322).¹

Las propuestas de Mariano Otero ya no se incorporaron, aunque la redacción definitiva del art. 101 pareciera que lo da a entender; todas y cada una de las fracciones de este artículo parecen admitir el juicio de amparo, interpuesto por particulares.

El art. 101, texto definitivo, dice lo siguiente:

Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados.
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Se aprecia que, a simple vista, la consagración de los juicios de amparo de la fracción I abarcan y comprenden a toda clase de leyes, así como actos de cualquier autoridad federal y estatal. No había necesidad, sobre todo después de la explicación dada por Arriaga, de parafrasear las palabras de Mariano Otero en las fracciones II y III, si son para los mismos efectos de interponer el juicio de amparo, no por el Congreso ni por las legislaturas de los estados, sino por los mismos particulares, a quienes no les interesa sino defender sus derechos individuales contra leyes o actos de cualquiera autoridad que viole sus garantías individuales.

¹ Son palabras tomadas del debate, desahogado durante la sesión del 28 de octubre de 1856.

Finalmente, tampoco queda clara la procedencia de los juicios de amparo en materia judicial por los jueces federales o locales, pues es una cuestión que será objeto directo del debate que nos proponemos estudiar en esta investigación.

Referencia a la Ley de Amparo de 1861

Todavía quiero referirme a la primera ley reglamentaria de los juicios de amparo, previstos en la Constitución de 1857. El proyecto de ley se presenta bajo el título de “Ley orgánica de los tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma”.

Esta primera ley, cuyo proceso de discusión ya recogí en el libro *Primera ley de amparo de 1861* (1987), regula cada una de las tres fracciones del mencionado art. 101, antes transcrito, y nos confirma, por un lado, que dichos juicios de amparo solamente pueden ser interpuestos por los particulares; y, por otro lado, que no queda clara la improcedencia de esta clase de juicios contra actos o resoluciones emitidas por los jueces. La ley fue promulgada el día 30 de noviembre de 1861.

Examen del proyecto de Ignacio Mariscal

La segunda ley reglamentaria de los juicios de amparo fue aprobada por el Congreso el 19 de enero de 1869. Y, entre otras varias materias interesantes, prohíbe de manera directa y expresa la interposición de las demandas de amparo en materia judicial, tanto del orden de las entidades federativas como de la jurisdicción federal, que es el tema objeto de la presente investigación, para la cual haré uso de la información contenida en su proceso legislativo de aprobación.

No obstante el breve periodo de uso de dicha Ley de Amparo de 1861, parece que su aplicación preocupó mucho al entonces ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, quien había participado en el proceso de discusión de dicha ley. Le preocupó tanto que para finales del

mes de octubre de 1868 ya tenía terminado un proyecto de ley que sustituyera la hasta ese momento en vigor, para corregir, dice en su exposición de motivos, algunos abusos que se estaban dando.

Fue en ese momento cuando, con motivo de uno de esos abusos, en opinión del ministro Mariscal, determinó presentar su proyecto para una nueva reglamentación de los juicios de amparo. Este proyecto se remite mediante un oficio firmado por el propio Mariscal el 30 de octubre de 1868. En su oficio, Mariscal se refiere, en particular, a la interposición de una demanda de amparo por el quejoso, el general Benigno Canto, ante el juez del distrito de la Ciudad de México, el licenciado Julio Romero y Ortiz, solicitando amparo y protección en contra de una orden, firmada por el propio ministro Mariscal, de detención y remisión a un juzgado penal de Durango, en donde se le había abierto un proceso por haber dado la orden de darle muerte a un compañero de armas, el general José María Patoni, suceso acaecido el día 18 de agosto de 1868.

De hecho, el Congreso de la Unión, erigido en gran jurado, ya había aprobado el antejuicio por el homicidio a Benigno Canto. Procedieron a detenerlo y es entonces cuando, invocando una violación al art. 13 constitucional, Benigno Canto presentó su demanda de amparo. Este artículo en su parte conducente decía: “En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales”.

En su demanda, Canto alegó que debía ser juzgado, en todo caso, por un tribunal militar, de manera que, en su opinión, al ser requerido por un juzgado de la jurisdicción penal ordinaria de Durango, se actualizaba la prohibición del mencionado artículo, que prohíbe ser juzgado por “tribunales especiales”. El juez Julio Romero y Ortiz le dio entrada a la demanda y de inmediato ordenó la suspensión del acto reclamado, lo que provocó una reacción muy airada por parte del propio ministro Ignacio Mariscal, quien en el oficio que acompaña su proyecto para una nueva reglamentación de los juicios de amparo, comenta lo siguiente:

Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. Sección 1ª. Por acuerdo del ciudadano presidente, tengo la honra de remitir a ustedes el adjunto proyecto de ley reglamentaria de los artículos 101 y 102 de la constitución,

para que se sirvan dar cuenta de *él* y de esta nota al congreso nacional. Dicho proyecto, con la exposición de motivos que lo acompaña, estaba reservado para enviarse, en unión de otras iniciativas de este ministerio; pero la urgencia, cada día mayor, de reformar la ley vigente sobre juicios de amparo, me obliga a elevarlo sin más dilación al congreso, temiendo el inevitable retardo que pudiera sufrir con otras iniciativas. Un hecho de ayer mismo, demuestra cuáles son los abusos que se cometen a la sombra de la ley citada. D. Benigno Canto ha obtenido, con una incomprensible petición de amparo, que se suspenda su traslado a Durango por orden del juez de distrito residente en esta capital (Barragán, 1987).

Como se aprecia, Mariscal tenía preparado el proyecto para una nueva ley reglamentaria de los juicios de amparo, debido a “los abusos que se cometen a la sombra de la ley citada”. En particular menciona la demanda interpuesta por Benigno Canto, como ejemplo de la clase de abusos que se han estado cometiendo:

Se pretende que el ejecutivo ha debido resolver por sí y espontáneamente que el presunto reo debe ser juzgado militarmente en esta ciudad, y que el ministro que suscribe ha violado una garantía individual al acordar con el presidente la remisión de Canto a Durango, donde se halla el *único* juez que está conociendo de la causa sobre el asesinato de Patoni, y el solo a quien correspondería fallar sobre la declinatoria de jurisdicción, que interpusiese uno de los acusados de ese delito; siendo, por otra parte, la ciudad de Durango en donde aún el tribunal militar, si fuere el competente, deberá continuar la averiguación, porque allí fue cometido el crimen (Barragán, 1987).

Termina la referencia al comportamiento del juez que le da entrada a la demanda de Canto diciendo:

Era preciso tropezar ahora, como en otras ocasiones, con los obstáculos que inventa la china movida por el espíritu incalificable de ciertos abogados, que en vez de apresurarse a presentar noblemente los descargos de sus defendidos, se complacen en burlar la justa impaciencia del público, embarazando la marcha del proceso, indiferentes, cuando no parciales, al descrédito que esto arroja sobre nuestras instituciones (Barragán, 1987).

En este mismo oficio, ya casi al final, Mariscal indica que el proyecto que remite sigue muy de cerca la “ley que se observa en la nación vecina, que es de donde podemos tomar ideas prácticas en tan importante materia” (Barragán, 1987).

Examen de la exposición de motivos

La exposición de motivos del proyecto, elaborado por el Gobierno y rubricado por el propio ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, contiene una información valiosa sobre la forma en que los juicios de amparo se han venido practicando a la luz de la reglamentación hecha por la ley del 30 de noviembre de 1861. Voy a tratar de destacar algunos de estos puntos, los más relacionados con el objeto específico de nuestra investigación. Los pasajes transcritos ciertamente son extensos, pero tienen no sólo una importancia intrínseca por la valoración que nos ofrece de la práctica de los juicios de amparo, “una institución nueva entre nosotros”, dice Mariscal, sino por su indiscutible actualidad, pues parece que está valorando los ciento cincuenta años de historia que tienen ya esos mismos males y abusos, los cuales no sólo nunca se han corregido, sino que se han agravado con la acumulación de otros.

- Se reconocen las bondades de los juicios de amparo.

Nada hay quizá en nuestras instituciones que esté llamando tanto la atención, como los juicios de amparo. Todos convienen en su inmensa utilidad para reprimir ciertas violaciones a la constitución que antes no podían evitarse fácilmente, y si solía encontrárseles remedio, era sólo exigiendo la responsabilidad a un funcionario, u obteniendo la derogación de una ley, medios por lo común rodeados de dificultades e inconvenientes (Barragán, 1987).

- El abuso de convertirlos en una cuarta instancia.

Todos los que de cerca han observado estos juicios, están ya de acuerdo en que la reglamentación imperfecta que, como primer ensayo, tuvo que dársele en 1861, ha ocasionado abusos verdaderamente escandalosos, que hacen de semejantes recursos el tropiezo constante de

la administración y de la justicia. Hoy los juicios de amparo amenazan volverse una cuarta instancia, inevitable en cada pleito civil o criminal, no sólo para revisar la sentencia principal o ejecutoria, sino hasta las decisiones incidentales, porque se quiere convertirlos en la panacea para toda infracción de la ley verdadera o imaginada (Tena, 1980: 9).

- El uso del amparo en lugar de la apelación y del juicio ordinario.

Como es muy difícil figurarse una ilegalidad, que en último análisis no parezca un ataque a las garantías consignadas en la constitución, el resultado es que, en lugar de cualquier recurso ordinario, y tal vez sin perjuicio del mismo, se intenta desde luego un juicio de amparo, y lo que hubiera podido remediarse con una revocación por contrario imperio, una apelación, o un litigio del orden común ante los jueces locales, se lleva ante el de distrito mediante una petición de amparo, con el fin de aprovechar lo extraordinario y expeditivo del procedimiento que suspende la providencia reclamada (Tena, 1980).

- Abusos en la interpretación de la leyreglamentaria.

Tales abusos que no pudo prever fácilmente el legislador, se están deslizando a la sombra de sus disposiciones, y se hacen cada día más notables por las interpretaciones que en los juicios recibe la ley de 30 de noviembre de 1861. Esas interpretaciones contradictorias, la multitud de consultas y aún algunos conflictos sin salida que ha producida ya la mencionada ley, demuestran la necesidad de reformarla en términos más claros y precisos, llenando en ella algunos huecos, y atendiéndose sobre todo a la experiencia del país, donde la legislación en esa materia, tan nueva para nosotros, lleva muchos años de estar bien fijada y comprendida.

[...]

De no hacerlo así, llegará a desquiciarse por completo nuestra administración de justicia que, aún sin los juicios de amparo, era de por sí bastante lenta y embarazosa. Hoy sucede con frecuencia que no pueden hacerse efectivas las garantías por alguna omisión u os-

curidad de la ley, y al mismo tiempo abundan en defensas irregulares los procesados, careciendo la sociedad aún de las mas indispensables (p. 13).

- En el punto relativo a la suspensión.

En los Estados Unidos lo mismo que en Inglaterra, no se pone en libertad a un quejoso, no se suspende por el habeas corpus la ejecución de la providencia que limita la libertad, sin oír primero a la autoridad que la ha dictado; y no se decreta judicialmente un interdicto prohibitorio (injunction), reservando para después el juicio correspondiente, sino cuando el hecho que motivó la queja no es susceptible de remediarse con dinero.

[...]

Siempre que el hecho que motive la queja fuere susceptible de repararse con una indemnización pecuniaria, la providencia no se suspende, sino que continúa ejecutándose hasta que se resuelve sobre ella en la demanda definitiva (Barragán, 1987).

- Justificación para proteger la vida y los casos extraordinarios.

Bastantes breves son los términos del juicio (y el extralimitarlos, es caso de responsabilidad) para que sea necesario desde el antejuicio, sin pruebas ni averiguación, suspender una providencia susceptible de remedio, cuando se averigüe que, en efecto, se ataca la ley fundamental. El peligro de la vida y los casos extraordinarios de que antes se ha dado idea, son los únicos que pueden autorizar un procedimiento tan acelerado (Barragán, 1987).

- Prohibición del amparo contra actos de jueces federales.

Contra los actos de un tribunal de la federación, no hay recurso de amparo, sino sólo el de responsabilidad, cuando se agoten los demás

que franqueen la leyes. Así lo consulta el proyecto, y *ésta* es una consecuencia natural de los principios adoptados (p. 13).

a. Acotación precisa del objeto de los juicios de amparo.

Los juicios de amparo se han establecido con el solo objeto de que los tribunales de la federación conozcan de ciertas controversias relativas a la constitución, y cuya resolución les corresponde conforme al artículo 101. Si, pues, una de esas controversias ocurre ante un juez federal por uno de sus actos, lo natural es que *él* mismo la decida, sin necesidad de un juicio aparte ante otro juez de la propia línea, sino quedando solamente sujeto a la revisión de sus superiores conforme a las leyes (Barragán, 1987).

b. El riesgo de multiplicar las instancias del amparo.

De otra manera, se incurrirá inútilmente en la inconsecuencia de establecer juicios de amparo hasta de tres instancias, según el sistema actual, contra los jueces de distrito, y de sólo dos contra los de circuito, al paso que no habrá ninguno contra la suprema corte, a menos que se ataca la natural jerarquía de estos tribunales (p. 14).

- Los jueces estatales ejerzan un control constitucional de manera incidental. En esta exposición de motivos del proyecto de Ignacio Mariscal, se recoge la opinión de Mariano Otero, respecto a que los juicios de amparo podrían ser regulados siguiendo el ejemplo de la reglamentación que en Estados Unidos tienen algunos de los recursos que se encomiendan a la Suprema Corte de aquel país. En efecto, el ilustre jalisciense decía:

Allí el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquella y no ésta, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace imponente.

¿Y por qué no han de poder los jueces de los estados evitar que se consume un acto contra la constitución de la república, oyendo a las partes sobre este asunto? ¿No se hallan también sujetos a ella y obligados a aplicar de preferencia a todas las demás leyes? Luego tienen jurisdicción para conocer al menos de las controversias incidentales sobre aplicación de la carta fundamental.

[...]

La constitución, como toda ley, debe entenderse combinando sus disposiciones. Si, por una parte, la resolución de las controversias de que habla el artículo 101, corresponde a los jueces federales, y, por otra, toca a los de los estados aplicar la constitución de preferencia a todo precepto legal a los litigios que sentenciaren, quiere decir que el conocimiento de dichas controversias puede corresponder a unos y a otros jueces. ¿En qué casos tocará a los unos y en cuáles a los otros? La distinción natural es la que se ha indicado. Cuando la controversia fuere original y aisladamente sobre uno de los puntos que expresa el artículo 101, toca desde luego conocer de ella a los tribunales federales. Cuando ocurra incidentalmente un negocio, que por su naturaleza debe ventilarse ante un tribunal de Estado, es de la competencia de éste conforme a sus leyes (pp. 14-15).

- Acepta los juicios de amparo contra resoluciones de los jueces estatales. Siguiendo el desarrollo del argumento que acabamos de transcribir, Mariscal concluye que, cuando dichos jueces locales conozcan de manera incidental controversias de las previstas en el art. 101 de la Constitución, cualquiera de las partes pueda interponer el recurso de amparo. Dice textualmente:

Cuando ocurra incidentalmente un negocio, que por su naturaleza debe ventilarse ante un tribunal del Estado, es de la competencia de *éste* conforme a sus leyes, pues una vez concluido, si la controversia sobre el punto constitucional subsiste, porque aún la quiera sostener alguna de las partes, es competente para decidirla el poder judicial de la federación, *único* que tiene la facultad de interpretar definitivamente la constitución en cada caso contencioso (p. 15).

Mariscal comenta que la anterior afirmación no es nueva, porque así es como se procede en Estados Unidos de América. Y concluye:

Aún parece más natural esa interpretación entre nosotros, pues que el artículo 101 comete a los jueces federales la resolución (tal es la palabra que usa) y no precisamente la sustanciación de las controversias que él determine. Por consiguiente, el conocimiento de esas controversias, que no importe su resolución propiamente dicha, es decir, la sentencia final, acerca de ellas puede corresponder a los Estados. No hay por lo mismo dificultad alguna constitucional, y sí grandes ventajas en hacer lo que se hace en la nación vecina, de donde tomamos la idea matriz de nuestros juicios de amparo, negando la entrada de éstos, mientras halla un remedio legal que interponer ante los tribunales de un Estado o territorio (p. 16).

Referencia al articulado de esta iniciativa

Consecuente con sus ideas, Ignacio Mariscal las vierte de una manera muy propia en el articulado de su proyecto, el cual es muy breve, de tan sólo 36 artículos divididos en cinco capítulos. El primer capítulo, que corre del art. 1 al 7, fijan de manera precisa el objeto de los juicios de amparo, bajo el rubro “Introducción del recurso de amparo y suspensión de la providencia reclamada”; el segundo regula la sustanciación del recurso, del art. 8 al 13; el tercero regula la sentencia y su ejecución, del art. 14 al 22; el cuarto regula el amparo en negocios judiciales, del art. 23 al 26; mientras que el quinto capítulo contiene disposiciones generales, del art. 27 al 35. El último artículo, el 36, deroga la ley anterior de 1861.

Con el fin de esclarecer lo más posible el objeto de nuestra investigación, que es el relativo a la prohibición de los juicios de amparo en materia judicial, conviene transcribir ahora lo dispuesto en los arts. 23 y 25, que claramente indican en qué supuestos proceden los juicios de amparo en materia judicial, tanto del orden federal como del orden de los estados.

Artículo 23. Contra los actos de un tribunal de la federación no habrá recurso de amparo, sino solamente el de responsabilidad, cuando se hayan agotado los demás que franquean las leyes.

[...]

Artículo 25. Dicho recurso no tendrá lugar en ningún litigio, sino después de pronunciada la sentencia principal que cause ejecutoria; y sólo se admitirá por una de las violaciones de la constitución a que se refiere el artículo 4º, cuando semejante violación haya ocurrido en la última instancia (p. 23).

Examen del dictamen de las comisiones

Habiéndose recibido en el Congreso el proyecto del ministro de Justicia sobre la nueva reglamentación de los juicios de amparo, se turnó a las Comisiones Unidas 1ª de Justicia y de Asuntos Constitucionales, las cuales presentaron su dictamen durante la sesión del 19 de noviembre. Firmaron este dictamen Ezequiel Montes, diputado por Querétaro; Domingo Benítez, diputado por Oaxaca; Rafael Dondé, diputado por Campeche; y Jesús Gaxiola, diputado por Sinaloa.

Comparando el texto del proyecto enviado por el Gobierno y el dictamen elaborado por las comisiones del Congreso, encontramos algunas diferencias de fondo y una ligera reordenación de su articulado en cuanto a la forma. Una de esas diferencias de fondo que se aprecian, es la relativa a la opinión distinta respecto a los antecedentes inmediatos de los juicios de amparo, ya que el ministro Ignacio Mariscal pensó que la nueva institución mexicana estaba inspirada en la legislación vigente de Estados Unidos; mientras que para las comisiones, que suscriben el dictamen, el antecedente es claro, pues proviene de lo dispuesto en la Acta de Reformas de 1847.

Otra de las diferencias tiene que ver con la forma en que se incorporan el contenido de los arts. 101 y 102 de la Constitución de 1857, por un lado, en el proyecto de gobierno, y, por otro lado, en el articulado del dictamen de las comisiones del Congreso. En efecto, el art. 2 del proyecto dice:

Todo individuo puede pedir amparo, con uno de los tres objetos siguientes:

1. Impedir que se viole en su persona una de las garantías consignadas en el título 1º fracción 1ª de la constitución:

- ii. dispensarse de cumplir un acto o providencia de autoridad federal que restrinja indebidamente la soberanía de los Estados;
- iii. dispensarse de cumplir un acto o providencia de autoridad de un Estado, que invada las atribuciones de los poderes federales (p. 20).

En cambio, en el articulado de las comisiones se incorpora tal cual está redactado el art. 101 del texto constitucional, cuyo enunciado conoce bien el lector. Otro cambio es el que tiene que ver con cierta reordenación que se da en el dictamen de las comisiones del Congreso, por ejemplo, a los artículos relativos a los juicios de amparo en materia judicial, que, como se ha visto, en el proyecto de gobierno su regulación viene a partir del art. 23, mientras que en el articulado de las comisiones viene dicha regulación en los arts. 8, 9 y 10. Copio el art. 8 referente al juicio de amparo en materia judicial:

Capítulo II

Amparo en materia judicial

Artículo 8. No es admisible el recurso de amparo contra sentencias de los tribunales federales. Tampoco lo es contra las sentencias interlocutorias y definitivas de los jueces y tribunales de los Estados, que no causen ejecutoria; en consecuencia, sólo se dará entrada al recurso, después de pronunciada la sentencia definitiva que causa ejecutoria (p. 29).

Veamos los principales puntos que arroja el debate del enunciado que se acaba de transcribir, el cual se puso a consideración del pleno diciendo: “Se dio lectura al artículo 8º, que dispone no haya lugar al amparo contra los actos de los tribunales federales, ni con las sentencias interlocutorias y definitivas de los tribunales de los estados, habiéndolo sólo contra las que causen ejecutoria” (p. 179).

Jesús Ríos y Valles, diputado por Durango, fue el primero en hacer uso de la palabra. Se opuso de manera clara y categórica a que hubiera amparo en materia judicial. Intervino unas seis veces a lo largo de todo el debate. Al tiempo que exponía los argumentos en defensa de su convicción, trató de combatir los argumentos de quienes opinaban que debía haber amparo en contra de las sentencias ejecutorias de

los jueces estatales. Veamos lo que dijo en esta primera intervención, separando las ideas que contiene su exposición para apreciar mejor sus razonamientos:

Yo, señor, me propongo demostrar estas tres proposiciones: primera, la constitución no nos obliga a conceder amparo contra las ejecutorias judiciales. Segunda, es muy conveniente no conceder este amparo. Y tercera, la interpretación que las ilustradas comisiones dan de la fracción I del artículo 101, probará que debe concederse el amparo contra todos los actos judiciales (pp. 179-180).

Al desarrollar cada una de sus argumentaciones, o proposiciones, como él las denominó, declaró que si se aceptara el amparo contra las sentencias ejecutoriadas, “ya no habrá ejecutorias en los estados; las leyes de su administración de justicia interior, quedarán violadas, la soberanía del Estado menguada, y habría que decir que en todos los juicios, por ejemplo en los criminales, habría una cuarta instancia, en contra de lo que expresamente dispone el artículo 24 de la constitución” (p. 180).

Insistió en que lo propuesto por las comisiones iba en contra del derecho pleno y perfecto de los tribunales estatales “de aplicar la ley, de vigilar por las garantías individuales y de aplicar también las leyes federales y tratados de la Unión, conforme al artículo 126” (p. 181). Igualmente, fue en contra del interés social, porque hace lenta y “han prolongado más y más los litigios y alejado un gran paso la confianza pública en la pronta administración de justicia” (p. 182).

Luego, preguntó que si las comisiones justificaban en la fracción I del art. 101, el amparo contra las sentencias ejecutoriadas de los estados, “por ser actos de cualquier autoridad, ¿por qué no la conceden contra todos los actos del poder judicial? ¡Qué! ¿Los demás actos de los jueces no son actos de autoridad?”. Y termina diciendo:

Para concluir, señor, quiero recapitular diciendo que no debe concederse amparo contra sentencias ejecutoriadas, porque el legislador constituyente no pensó siguiera en dar amparo contra las providencias del poder judicial; porque no es *éste* el espíritu del artículo 101, fracción I,

porque se daría el caso que los juicios criminales tuvieran más de tres instancias; porque las ejecutorias de los tribunales de los estados, ya no sería ejecutorias y se violarían las leyes de los mismos estados, que con perfecto derecho han declarado ejecutoria las sentencias de sus tribunales, cuando tengan las condiciones señaladas por sus mismas leyes porque se violaría la independencia de los estados; porque el artículo 126 del código fundamental concede pleno derecho a estos tribunales para cuidar de las garantías individuales y para conservar en las determinaciones de su resorte incólumes la constitución, las leyes federales que emanan de ella y los tratados hechos por el presidente de la Unión con aprobación del congreso general (p. 182).

Hizo hincapié en que “la cuestión es grave, gravísima [...] vamos a establecer los juicios por jurados, vamos, por fin, a llegar a esa preciosa conquista en que hacemos al pueblo juez, que es la fuente de todo poder” (p. 184).

Después, tomó la palabra Rafael Herrera, diputado por Veracruz, para combatir lo expresado por Ríos y Valles, quien “acaba de atacar el artículo 8 por demasiado amplio: yo voy a atacarlo por mezquino, por demasiado diminuto” (p. 184). Señaló que también los jueces podían violar la constitución; que “la tramitación de los juicios puede ser violada por los jueces”, lo cual “puede suceder a cada paso”. Insistió en que el art. 101, fracción I, daba fundamento por aceptar la procedencia del amparo en contra de los actos de los jueces, puesto que procede “contra actos de cualquier autoridad” (p. 185). Insistió en que el juicio de amparo es un recurso ordinario, que tiene “íntima conexión con el de amparo de cosas raíces: que tiene una tramitación especial y propia, y se introduce antes de todo juicio”.² Luego comentó que el artículo “deja abierto el camino a las arbitrariedades de los jueces de los estados, en la parte más noble del hombre, que es su libertad individual”. Finalmente, pidió que “sea declarado sin lugar a votar”.

² El lector debe recordar que las Siete Partidas regulan cuatro recursos de amparo, uno de los cuales es para reivindicar la posesión o la propiedad, antes de ir a los tribunales por la vía del juicio plenario de posesión. En mi opinión, en la Partida Tercera está el verdadero origen de los juicios de amparo, incorporados a la Acta de reformas de 1847, así como a la Constitución de 1857.

Seguidamente, tomó la palabra Exequiel Montes, diputado por Querétaro y miembro de las comisiones dictaminadoras, para exponer las razones que tuvieran las comisiones para consultar este artículo: “hay en él tres ideas capitales: 1ª No es admisible el amparo contra los actos de los tribunales federales; 2ª Tampoco lo es contra las sentencias interlocutorias de los tribunales de los estados; 3ª. Solo se concede el amparo contra las sentencias de los mismos tribunales cuando causen ejecutoria” (p. 187).

Luego explicó cada una de estas tres ideas; respecto de la primera, aclaró que, si la constitución otorga la competencia del amparo a los tribunales federales, no se podrá llevar a cabo este amparo, sino estableciendo una serie de tribunales que conozcan de esta clase de juicios de amparo “que sucesivamente se fueran presentando, lo cual es irrealizable, absurdo”. Lo único posible es “poner un límite en los tribunales federales, de acuerdo con el espíritu de la constitución. Y por lo que mira a la no aceptación de los juicios de amparo contra las sentencias interlocutorias, la lógica misma aconseja que sea así” (p. 187).

Antes de finalizar esta sesión, habló José María Velasco, diputado por Guerrero. Manifestó que estaba de acuerdo con la opinión de las comisiones (pp. 188-189). Luego comparó los puntos principales de la ley de 1861 y de la que se estaba discutiendo. Observó que había una diferencia importante entre lo que determinó la asamblea que aprobó el Acta de Reformas y lo que fue aprobado por la Constitución de 1857. La primera nada más aceptaba el amparo en contra de actos de los poderes legislativo y ejecutivo, ya fuese del orden federal o del orden estatal; mientras que en la constitución, el artículo 101, fracción I, aceptaba los juicios de amparo contra actos de cualquier autoridad, incluidos los actos de los poderes judiciales.

Sobre este último punto, señaló que no era posible aceptar el amparo contra los tribunales federales por lo que dijo Exequiel Montes, pero sí se debía aceptar el amparo en contra de las sentencias que causaran ejecutoria de los tribunales de los estados, recomendando que, tratándose de proteger la libertad individual, debía autorizarse un amparo directo ante el juez de distrito, tal como se hace por el *ha-*

beas corpus, sin que la demanda llegue a la Suprema Corte: “En todos los demás casos, los males que cause un tribunal de Estado, pueden repararse por el recurso a la Suprema Corte; pero no así tratándose de la libertad individual” (p. 191).

En el curso de la sesión siguiente, del día 29 de diciembre, puesto de nueva cuenta a debate el art. 8, tomó la palabra Baz y Valente, diputado por Jalisco, para decir que atacaría este artículo “de fondo”, como lo hizo Ríos y Valles:

Yo creo que debe suprimirse, o debe prevenir que no se admitan los juicios de amparo contra las sentencias de los tribunales de la República.

No se puede suponer que los legisladores del 57 quisieran conceder amparo contra las sentencias de los tribunales, porque no es necesario, y porque esto perjudicaría a los intereses públicos y privados.

No es necesario, porque sin el nombre de amparo ese recurso existe perfectamente asegurado en nuestro derecho común. Ese juicio de amparo está establecido desde el patriarcado. Perfeccionadas las sociedades, ese recurso se perfeccionó con las instancias. Éstas son garantías a favor del individuo; y además de la 1^a, 2^a, y 3^a instancia, quedan aún la responsabilidad y el juicio de nulidad.

Si se quieren dar más garantías se llega al absurdo, pues tendríamos una instancia más, y para todas los accidentes de un juicio, lo cual no quiere la constitución, que expresamente previene que no haya más que tres instancias en un juicio, y tuvieron razón, puesto que de este modo no fenecerían los juicios en una ni en más generaciones, sino sólo por la desaparición de la cosa en litigio.

En las leyes del 36 se estableció un poder conservador, cuyo fin no era otro que el aseguramiento de garantías; pero en ninguna de sus facultades se le concedía la de revisar las sentencias de los tribunales, sino cuando se decía nulidad, y eso excitado por alguno de los otros poderes.

En 1852, el ministro de justicia de aquella época, inició la ley de amparo y dice en su parte expositiva: (Leyó) Se ve, pues, que tampoco quiso que lo que quiere el artículo que se discute; y repito que esto es natural, puesto que es la exageración de un principio, que lleva a la subversión de las cosas (p. 192).

Después del diputado por Jalisco, intervino Rafael Herrera para manifestar que los casos citados en que los jueces violaban la Ley de Amparo de 1861 “no valen nada”, y que lo único que mostraban era que también esa ley podía ser violada; luego insistió en que el artículo se oponía a la constitución, “ante la que es preciso inclinarse y callar; y ruego al congreso que deseche dicho artículo” (p. 193).

El diputado por Michoacán, Rafael Lama, tomó la palabra para decir que en los términos en que está redactado el artículo “no le parece aceptable, porque no da lugar al juicio de amparo, en los casos en que debía concederse, y le da entrada en otros en que no cabe”. Apoyaba las “muy buenas razones” expuestas por Ríos y Valles, pero que, con independencia de esas razones, si se permitía que el amparo se interpusiera en contra de las ejecutorias,

vendría a ser como una nueva institución en juicios que deben reputarse fenecidos, puesto que las sentencias llevan el carácter de ejecutorias, y entonces el juicio se convertiría en un verdadero recurso contra la mente y letra de la constitución, pues, aunque la comisión a este juicio le ha llamado recurso, no es ni puede ser recurso, y los artículos 101 y 102 que lo establecen, muy claramente hablan de controversias, de juicios, de sentencias, sin que pueda presumirse que hayan tenido la mira de crear un recurso.

Conforme a la constitución, no se halla expreso que los juicios civiles no hayan de tener más de tres instancias; pero respecto de los criminales, sí hay un artículo que expresamente previene que no puedan tener más de tres instancias, y en los civiles así lo determinan los principios comunes de legislación.

De aquí que es necesario inferir que conforme a la constitución, el juicio de amparo no cabe en las sentencias ejecutorias de ningún tribunal, porque equivaldría, o sería en realidad una nueva instancia o un recurso prohibido por nuestro código fundamental (pp. 193-194).

A continuación, refutó el argumento de Montes, diciendo que si se aceptara el amparo en contra de los tribunales federales, para

conocer de estos amparos, habría que crear nuevos tribunales, contra cuyas resoluciones habría que aceptar nuevamente los juicios de amparo, y así el sistema se iría al infinito. Lama lo precisó de la siguiente manera:

que los tribunales no son los que vulneran las garantías, sino los jueces que los forman, que son las autoridades, y contra los actos de éstas, pueden conocer los mismos tribunales, sin crear otros, con distinto personal, a lo que proveen las leyes, dando sustitutos a los jueces en los impedimentos de éstos.

Por otra parte yo no veo razón para excluir los actos de los jueces federales, cuando son tan susceptibles y capaces de lastimar las garantías individuales, como todos los otros jueces.

Pero no por esto creo que en los incidentes o en el progreso de un juicio de amparo quepa un nuevo juicio de la misma naturaleza, porque esto sí sería interminable.

Convengo en que en este caso no sería conveniente dar lugar de amparo, y que tampoco lo sería acerca de la materia que se litiga en otros juicios, esto es, contra aquellas cosas que están *sub iudice o in lite*; pero no sería lo mismo respecto de los otros asuntos de que pueden o deben conocer los tribunales de la federación, y en las violaciones que tanto éstos como los de los Estados pueden causar a las garantías individuales en el progreso del juicio y sus incidentes (pp. 194-195).

Terminó diciendo que si la comisión no modificaba el artículo “en términos aceptables”, suplicaría “a la asamblea que lo declare sin lugar a votar”.

Volvió a tomar la palabra el diputado Herrera, quien, por un lado, negó que los juicios de amparo contra los jueces estatales fueran una cuarta instancia, y que en todo caso ya había sido aceptada por los representantes de dichos estados en la Asamblea Constituyente, que aprobó el art. 101 de la Constitución. Señaló que por esta misma razón, dichos estados aceptaron que se les limitara en este punto su soberanía (p. 195). Contraargumentó de manera personal al diputado Baz, “alarmado porque tratamos de afianzar las garantías individuales y de ponerlas a cubierto de las

arbitrariedades de los jueces, ve ya la disolución social y los juicios de Dios”. Y concluyó que si dicho artículo no era modificado, de manera substancial, le negaría su voto (pp. 196-197).

De nueva cuenta tomó la palabra Ríos y Valles, para insistir en los razonamientos que ya había expresado. Insistió en que “el artículo mengua la soberanía de los Estados”, porque destruía la administración de justicia, haría interminables los juicios y centralizaba la administración de justicia de un modo inaudito y no verificado ni en las administraciones más despóticas.

Luego añadió que si se aceptaba el juicio de amparo contra las ejecutorias de los jueces estatales, “ya no serán ejecutorias, porque pueden nulificarse por los juicios de amparo [...] veremos abrir este juicio de todas las ejecutorias [civiles y criminales], veremos venir hasta esta capital los fallos de los juicios verbales por injurias leves” (p. 197). En particular, respecto a la afirmación de Velasco sobre que el amparo no menguaba la soberanía de los estados, recordó que la “única limitación de la soberanía de los estados” es la que se encuentra en el art. 117 de la Constitución, en el cual se dice que las facultades que no estén expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados:

No me cansaré de repetir que ese artículo sólo concede el amparo contra los actos del poder administrativo y las leyes de los poderes legislativos. Ya dije y ahora lo repite, que el legislador constituyente ni pensó siquiera en hacer extensivo el amparo contra el poder judicial.

Ya dije, y ahora repito, que esa verdad ha sido confesada por los *órganos* de las respetables comisiones; y que es una verdad probada, por la tradición de las discusiones habidas al tratarse del artículo 101 del código fundamental y de la ley vigente aún sobre juicios de amparo (p. 198).

Ríos y Valles, después de comentar el art. 117, preguntó: “¿dónde se halla ese precepto de la constitución, que concede a los tribunales federales el derecho de terminar las contiendas de los tribunales de los Estados?”. Después, resaltó las bondades de los juicios de amparo:

Señor: el recurso de amparo es una institución muy hermosa, creada para dar un golpe de muerte a la tiranía, para acabar con los escándalos y colisiones de los poderes legislativos, para arrancar al poder administrativo todas las usurpaciones, para atarle las manos con que pudiera atacar los derechos más preciosos de los ciudadano, para establecer la más completa armonía entre los Estados y la federación (pp. 198-199).

Contrastando su exposición, terminó diciendo:

y si ahora aprobamos el artículo 8° desnaturalizamos completamente tan hermosa institución; sembramos en nuestra cansada sociedad la anarquía, la disolución, la muerte [...] todo es la violación de la soberanía de los Estados, todo es un golpe de muerte a la administración de justicia de los mismos. Nada de esto, señor. Solamente creo que podemos admitir este principio: No haya juicio de amparo contra el Poder Judicial (p. 199).

El diputado Baz y Valente le contestó a Herrera las alusiones personales: “que se espanta de que siempre hay una instancia más” (p. 199).

Momentáneamente se suspendió el curso de la discusión para oír un informe del ministro de Hacienda, después del cual prosiguió el debate y tomó la palabra el diputado Velasco. Comenzó diciendo que, de conformidad con el giro que había tomado la discusión, “me pone en el caso de sostener el principio que está en el artículo, a reserva de proponer alguna adición para que en el caso de que sea vulnerada la libertad individual por los tribunales estatales o militares, se pueda acudir al juez de distrito de manera inmediata” (p. 199). Luego, combatió los razonamientos expuestos para decir que el amparo contra las sentencias judiciales era inconstitucional. Estas razones eran atendibles, “pero no lo son en términos que se desatienda el tenor expreso de la ley,” pues estaba convencido de que “los constituyentes del 57 extendieron el amparo a negocios judiciales, con toda deliberación” (p. 200).

Más adelante, invocó lo dispuesto en el art. 97, en relación con el 126, para llegar a la siguiente convicción personal:

Ambas disposiciones fueron tomadas de la Constitución de los Estados Unidos, en cuya nación, como dice el ciudadano ministro de Justicia en su iniciativa, fueron combinadas en términos que la Corte Suprema tiene jurisdicción de apelación sobre todos los tribunales de Estado, en los litigios en que se trata de aplicar la constitución y leyes constitucionales, ejerciéndose esa jurisdicción cuando el negocio ha concluido en el Estado respectivo.

[...]

Así, el espíritu del Congreso constituyente, las facultades constitucionales de los tribunales de la federación, la necesidad de hacer eficaz la supremacía de la ley fundamental, y finalmente, la amplitud que la *última* da a los juicios de amparo, indica que las sentencias de Estado contrarias a la constitución, están sujetas a los juicios de amparo en los términos del pacto federal (pp. 200-201).

Seguidamente, comentó que las razones que se habían expuesto en contra de esta interpretación no le convencían. Así, respecto a que los juicios criminales no podían tener más de tres instancias, y que con el concurso del amparo habría una cuarta instancia, Velasco respondió que

para interpretar las cláusulas de nuestra constitución, no deben considerarse aisladas del resto, ella es un conjunto, y con frecuencia, para entender un artículo en su genuino sentido, necesario será examinar el contenido de otros.

Establecido el recurso de amparo por el artículo 101, no por eso se modifica el artículo 19. No podrá haber más de tres instancias en juicios criminales; pero si en ello se trata de una cuestión constitucional, cabe el recurso de amparo. [...] El juicio de amparo es una cuestión enteramente diversa del juicio, con motivo del cual aquél se promueve. Si bien es cierto que el segundo da origen al primero, hay entre uno y otro una marcada línea de separación que siempre lo dividirá, haciendo imposible la confusión entre ellos. Su diversa naturaleza, el vario fin a que se dirigen, la diferente ley a que uno y otro se arreglan, la distinta jurisdicción que conocen, los separarán aunque aparezcan unidos. Así el juicio de amparo nunca puede considerarse como instancia de otro juicio, sino como un juicio enteramente separado de aquel con cuyo motivo se intenta el primero (p. 201).

El diputado por Guerrero se hizo cargo de lo dispuesto en el artículo 117, invocado por Ríos y Valles a favor de la soberanía interna de los estados, combatiendo la procedencia del amparo en contra de las sentencias de los jueces locales. Sobre este particular, Velasco dijo: “Reconozco la exactitud del principio, pero no la de su aplicación; los Estados no son soberanos hasta el extremo de que uno de sus poderes viole el código fundamental, sin recurso alguno contra su violación”; y reiteró que “en este punto está, pues, expresamente limitadas las facultades de los Estados por el artículo 126” (p. 201).

Velasco a continuación se aventuró a decir que tal vez en el enunciado del art. 8 no debió emplearse el vocablo “ejecutorias”, que había dado lugar al extenso debate, y hubiera sido mejor decir que el recurso de amparo tendría lugar cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios. Respecto a que el juicio de amparo pudiera promoverse para defender asuntos pequeños, contestó: “la gran ventaja del amparo es que la defensa de las instituciones se confía al interés individual: siendo la cuestión de instituciones, no cuestión de cantidad, sino cuestión de principios, tanto da que la constitución se viole por pequeñas como por grandes sumas” (p. 202). Concluyó su intervención con lo siguiente:

opiné ayer contra el artículo, porque no se exceptuaba la libertad individual: estando de acuerdo con el principio que contiene, he creído, sin embargo, que debe tener una excepción, reservándome presentar una adición, que garantice la libertad individual en un juicio de amparo directo al juez de distrito contra los jueces de los Estados y los militares (p. 202).

El hilo del debate sobre el art. 8 se reanudó durante la sesión del día 31 de diciembre, con la intervención de Rafael Dondé, diputado por Campeche y miembro de las comisiones dictaminadoras. Comentó que el propósito de los autores del articulado que se debatía era provocar una discusión para conocer si estaba en el espíritu de la cámara otorgar el remedio del amparo contra las decisiones de los tribunales, y afirmó que se había logrado el propósito, “pues la mayor parte de los oradores ha impugnado esta idea: el sentido de la mayoría de la asamblea no le es favorable” (p. 204). Solamente le restaba explicar cuáles fueron los motivos de la mayoría de las comisiones para ir en contra de la procedencia del juicio de amparo en materia judicial. Y añadió:

Los tribunales no han sido desde la época más remota, más que una institución de amparo a favor de los derechos legítimos. Esta es hoy también su misión, y la ejercen aplicando con rectitud la ley escrita en cada controversia que ante ellos se suscita. Reconocido el carácter propio de las funciones judiciales, ¿no es verdad que se encuentra absurda y chocando con el sentido común, la idea de amparar en contra del poder amparador; y establecer al efecto un tribunal que proteja al ciudadano contra el tribunal a quien acudió demandando protección?

Si tal necesidad existe, lo que ocurre consultar no es un contrapeso a esa autoridad, sino convenir en que contraría su institución, y que oprime al individuo en vez de defenderlo, y no viene a ser sino un tribunal mal organizado, compuesto de magistrados prevaricadores o sujeto a leyes contrarias al bien común.

Refórmese en ese caso lo uno y lo otro, pero no se establezca la apelación a otro poder jurisdiccional diverso, porque también habrá que admitirse la probabilidad de que éste abuse, y será indispensable ir estableciendo una gradación de tribunales hasta el infinito (pp. 204-205).

Después de tan interesante comentario, Rafael Dondé recomendó, como remedio, las siguientes medidas:

El remedio de los vicios de la judicatura no se encontrará principalmente en la serie de revisiones a que sus fallos estén sometidos. Establézcase una perfecta organización judicial; promúlguese una legislación uniforme y codificada, sencilla, y en consonancia con el espíritu de la época; fíjense procedimientos breves, eliminándose los superfluos; decrétese la publicidad en los juicios; hágase efectiva la responsabilidad judicial, y las garantías del ciudadano encontrarán siempre defensa en los tribunales.

En esto ha de hacerse consistir el remedio, no en la absurda teoría de implorar protección de un orden de tribunales contra las decisiones de los de otro orden (p. 205).

A continuación, comentó que la Constitución federal impone el deber a todas las autoridades del país el defender y sostener las garantías que otorga, según se declara en el art. 1; que los tribunales locales, a la par que los federales, tienen competencia para aplicar

la constitución y hacer efectivas las garantías individuales; que no se debe olvidar el fin con el que el pueblo mexicano ha adoptado el Gobierno federativo, el cual, además de proporcionar el bien de la fuerza y de la confraternidad, conserva la propia soberanía de los estados, permitiéndoles dentro de sí mismos la satisfacción de sus necesidades y, sobre todo, disponer con independencia de lo relativo a su régimen interior: contar con jueces propios que definiesen, dentro de su territorio, las contiendas de sus habitantes (pp. 205-206). Luego, señaló que

los Estados han tenido que abdicar de su soberanía en lo que concierne a la administración, y someterse a la más absoluta y rigurosa centralización, la más odiosa y abrumadora de todas, porque reserva a los poderes federales, suprema corte, dispensar la justicia, que es la necesidad de cada momento y que viene a constituir el pan cotidiano de los pueblos de justicia (p. 206).

En este contexto, Dondé aseguró a la asamblea que en su estado, Campeche, “que con honra para mí represento en esa asamblea, no se despoja de sus atributos de soberanía, y que la conservará íntegra para administrarse justicia dentro de su territorio, sin sujeción a un poder distinto” (p. 206). Después, añadió que le sería muy fácil demostrar que no habría en toda la nación una sola contienda judicial que no fuera susceptible del remedio del amparo, so pretexto de la violación de una garantía individual. Y se preguntó:

¿Qué queda de positivo a la justicia de los Estados? ¿No es más cuerdo suprimir los tribunales locales, y dejar sólo que los de la Unión decidan todos los litigios?

[...]

Conveniente es que los tribunales locales sean independientes y tengan un poder no restringido por la justicia federal para administrar justicia.

Pero no por esto dejaremos en sus manos absolutas la interpretación y la explicación de la ley constitucional o de garantías, o de las generales de la Unión, porque sería quebrantar el lazo federativo.

Este pacto que obliga a todos los Estados, sería entendido y observado por cada uno de ellos a su manera, y el mismo obligado vendría a ser juez de sus propios compromisos (pp. 206-207).

Después de otros comentarios relativos, por ejemplo, a hacer valer el art. 126, subordinando a su tenor a las constituciones locales, terminó como empezó, diciendo que, suponiendo que las comisiones habían entendido el sentido de la cámara, solicitó retirar dicho art. 8 para ofrecer una nueva redacción. Se acordó el retiro del artículo, los miembros de las comisiones deliberaron y, antes de que terminase la sesión, presentaron la nueva redacción, bajo el término siguiente: “No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales” (p. 209).

Tomó la palabra Montes para justificar, a nombre de las comisiones, el cambio realizado en el art. 8:

El artículo 8º. Que presentan reformado las comisiones, dice: este artículo sufrió un largo debate, que hizo comprender a las comisiones que el Congreso estaba en contra, aunque no puede asegurar si contra todo o sólo contra una parte; han creído que debe subsistir la primera parte de dicho artículo. Los motivos que tuvieron para creerlo así, son los siguientes: es un hecho que en la discusión del artículo relativo a la constitución, en el congreso constituyente, ninguno de los oradores habló ni una palabra que dijera que debía haber amparo contra las sentencias judiciales; y al discutirse el artículo 100 del proyecto, que se convirtió en el 101 y 102 de la constitución, no se dijo que debía concederse el amparo en dichos negocios. Hay más, las comisiones interpelaron a varios miembros del constituyente, que están hoy en el Congreso, y dijeron que ni se pensó en conceder el amparo para negocios judiciales.

Ve el Congreso que está de manifiesto el espíritu del constituyente, espíritu que se palpa en vista del resultado que ha producido el amparo en negocios judiciales, que no ha sido más que la impunidad de los criminales; como esto no ha de quererlo el congreso, las comisiones han redactado el artículo como lo presentan. Así dejará expedito lo más importante de la administración de justicia, que es, que la pena siga pronto al delito. Tal como está hoy la ley vigente, los defensores

tienen muchas chicanas y muchos medios para pedir el amparo, y el hecho es que no se ejecutan las sentencias. Siendo largas las formas judiciales y no habiendo policía preventiva, hay más razón para no dejar la puerta franca a la impunidad. Si las comisiones se han equivocado y el congreso reprueba el artículo, lo estudiarán de nuevo, según el espíritu de la discusión; pero si lo aprueba, quedará el camino llano para la aprobación de la ley, y el congreso habrá hecho un positivo beneficio a la república (p. 210).³

Herrera hizo una interpelación a las comisiones, preguntando por qué siendo seis los miembros de las comisiones, sólo había cuatro firmas al pie del artículo que se presentaba reforma. Entonces Dondé le contestó que, cuando la comisión solicitó la autorización para retirar el artículo, el diputado Benítez no se hallaba en el salón y que el señor Zamacona se había ausentado por enfermedad (p. 211).

Seguidamente, el diputado por Veracruz comentó que “mientras más se empeñan los ilustres miembros de las comisiones en ceñirse a los preceptos constitucionales, me parece que más se alejan de ellos; ahora abandonan sus teorías de términos medios, para aceptar el principio absoluto de que no debe concederse el recurso de amparo en ningún estado de los negocios judiciales”. Esto es algo, “si quiera hay consecuencia de principios, y no podemos ahora decirles como antes, que no hay razón para conceder ese recurso en la secuela, y sí en la ejecutoria de los juicios” (p. 211). Luego se preguntó: “¿qué hemos adelantado? Las comisiones no salen de su sistema de restricciones; aventajan en ellas ya al ciudadano Ministro de justicia, y nos vuelven hoy a presentar en su artículo la sombra de la tiranía, con su mano de hierro dispuesta a ahogar la libertad”. Herrera volvió a insistir en tratar de hacer valer sus razonamientos, que ya se han transcrito en páginas atrás, a partir de la explicación que, en su opinión, debía dársele al art. 126.

En este punto, no estaba conforme con la interpretación que hacían sus opositores, como su compañero Ríos y Valles, para quienes el enunciado de este artículo obligaba a respetar la supremacía constitu-

³ He transcrito la intervención completa, precisamente para apreciar el nuevo planteamiento que se presentó al pleno por parte de las comisiones.

cional tanto a los jueces federales como a los locales, de manera que los jueces locales también tendrían la facultad de aplicar los juicios de amparo a fin de hacer prevalecer dicho principio de supremacía.

Para Herrera, el art. 126 no contenía de manera expresa la facultad de otorgar el amparo a los jueces locales, pues entendía que se trataba de una facultad “omnímoda, exclusiva y terminante” que se concedió a los tribunales federales en el art. 101 (p. 213). La aprobación de este artículo “cierra a los ciudadanos el medio de salvarse de los atentados de aquéllos, hace ilusorias las garantías del artículo 17 de la constitución, conculca la fracción i del artículo 101, y mata para siempre y sin esperanza de remedio la más preciosa garantía del hombre que es la libertad individual” (p. 214).

Después intervino el diputado por Durango, y empezó celebrando la nueva reacción del artículo que se debatía, felicitando a las comisiones (p. 214). Señaló que

se han servido adoptar mis pensamientos que literalmente han sustituida al artículo 8º que combatíamos [...] podemos atrincherarnos con la conveniencia pública, con la necesidad suprema de que haya en nuestra patria una administración de justicia expedita y no sofocada por el juicio de amparo, y no nulificada por la chicana, que se acogería y agrandaría como una sombra, entre los pliegues de este recurso, mil veces precioso por otros títulos (p. 214).

Enseguida, Ríos y Valles examinó lo dicho por Herrera sobre el punto de que el nuevo art. 8 era “un golpe de muerte a la libertad”, y añadió:

Señor, éstas no son más que palabras que no funda el orador. Lo que sí ahoga la libertad, lo que va a sembrar la anarquía, lo que con la disolución de la sociedad nos traerá también la muerte de las garantías individuales, es que nulifiquemos la administración de justicia con el juicio de amparo, es que mengüemos la soberanía de los Estados con el mismo recurso, cuyo fin, cuyas tendencias son tan preciosas, son tan importantes, son la vida del régimen federativo (pp. 214-215).

Volvió a insistir diciendo que de no ser así, se abriría

la puerta de un laberinto eterno a la chicana, al fraude, a la mala fe, al crimen, que se ocultarán y defenderán perpetuamente del juicio de amparo. [...] Ya he repetido muchas veces el grandioso objeto de esta institución, que consignaron nuestros legisladores contra la tiranía del poder administrativa, y para establecer la paz y la armonía entre los poderes legislativos. Esa es su misión, y no sembrar la anarquía y la disolución social (p. 215).

Seguidamente, frente a la opinión de que la propuesta de la nueva redacción del art. 8 no llevaba la firma de los seis integrantes de las comisiones dictaminadoras, Ríos y Valles contestó que de conformidad con el reglamento, bastaba que los dictámenes fueran aprobados por la mayoría de dichas comisiones. Luego, se refirió “a la poca firmeza por parte de los ciudadanos de la mayoría de dichas comisiones”. Reargumentó en contra de lo expuesto por el diputado Rafael Herrera, y terminó pidiendo al Congreso que aprobara el art. 8, “tal como nos lo han presentado las honorables comisiones” (p. 216).

Santiago Acevedo, diputado por Zacatecas, no estaba conforme con la manera en que las comisiones procedieron a formular el nuevo enunciado del art. 8, y mencionó que no “inculpa por la precipitación o ligereza”, sino porque “no está todavía firme” en este punto. Pasó a refutar cada una de las tres consideraciones en que “esa misma mayoría” fundaba su reforma.

Sobre el primer razonamiento, el cual consistía en que “se prolongaría excesivamente la duración de los litigios”, Acevedo dijo que, después de la sentencia que causa ejecutoria,

no tienen más prolongación porque haya o deje de haber juicios de amparo, porque por estos juicios no se vuelve a examinar el mismo asunto de que haya conocido el juez o el tribunal, porque “la violación de las garantías individuales es una cuestión totalmente diversa de la que lo motivó; diversas las personas que en ella intervienen, diversos los jueces ante quienes se ventila, diversa la tramitación, y diversas las reglas conforme a las cuales se haya de resolver. Todas esas particularidades constituyen al amparo en juicio totalmente diverso de los comunes (p. 218).

Sobre el segundo razonamiento, que señalaba que después de consultar a varios diputados constituyentes presentes en el Congreso se llegó a la conclusión que la asamblea constituyente no tuvo la intención de admitir los juicios de amparo en materia judicial, Acevedo contestó que contra esa opinión, “se podrían invocar otras muchas de individuos del mismo Congreso, e incluso del Congreso de 1861, que expidió la ley vigente”.

Finalmente, respecto a la tercera argumentación sobre que los juicios de amparo hayan producido la impunidad de los malhechores, señaló: “me parece ser una tesis absolutamente improbable: más aún, inexacta”, y añadió que los argumentos en que la mayoría fundaba la reforma propuesta “no son buenos” (p. 219).

Acevedo se refirió a otra clase de argumentos, como por ejemplo al dicho que los juicios de amparo anulaban el carácter de cosa juzgada de las sentencias ejecutorias, a lo que respondió que la “controversia sobre la cuestión de las garantías, no es la continuación resuelta y ejecutoriada”; mencionó que tampoco el abuso en el uso de los juicios de amparo era una buena razón para suprimirlos en materia judicial. Igualmente, insistió en que no existía intromisión en la administración interior de los estados, “porque la cuestión de las garantías individuales es enteramente diversa” de las que cada estado es libre para hacer que se decidan por sus jueces. Por último, mencionó que la propuesta del art. 8 contenía una restricción que “es contraria” a lo dispuesto en el art. 101 (pp. 220-221).

Agustín Silicio, diputado por Guanajuato, comentó que votaría en contra de la propuesta, y mencionó tres razones. La primera era que el art. 101 comprendía a todas las autoridades, incluidos los jueces; la segunda señalaba que los juicios de amparo eran independientes de todo otro procedimiento; y como tercera razón comentó que no se habían destruido los razonamientos de quienes se manifestaron en contra de dicha propuesta (pp. 221-225).

Montes se hizo cargo de los razonamientos del diputado Agustín Silicio. Empezó recordando que ya habían sido contestadas por el diputado Baz Valente, pero que de todos modos examinaría “qué fuerza tienen”. Luego agregó:

La comisión ha presentado dos argumentos que no pueden ser destruidos; y son que ni en la parte expositiva del proyecto de constitución, ni en el debate que sufrió en el constituyente el artículo 100, que dio origen al 101 y al 102 de la ley fundamental se encuentra una sola palabra, de la cual pueda inferirse que fuese la mente de los legisladores hacer extensivo el recurso de amparo al poder judicial. La comisión, por otra parte, ha inquirido de los miembros que fueron del constituyente, y se encuentran actualmente en el seno de la asamblea, y todos están conformes en que no se tocó el punto de que se trata; de modo que sólo por una errada interpretación, ha podido establecerse el amparo en negocios judiciales (p. 226).

El otro argumento, según Montes, era sobre los juicios civiles que no tenían más que dos instancias, como el ejecutivo mercantil, el cual se ventilaba sin que su resolución causara ejecutoria, porque todavía podría interponerse el juicio ordinario; esto es, que efectivamente existían otros medios para combatir las resoluciones judiciales. Insistió en que el dictamen fue firmado por la mayoría de las comisiones, lo cual bastaba de conformidad con el reglamento. Terminó pidiendo al pleno que se sirviera declarar que había lugar a votar dicho artículo (p. 226).

Había urgencia en la aprobación de este proyecto de nueva ley de amparo. El Congreso aprobó dedicarle el mayor tiempo posible a su debate. La iniciativa del Gobierno llevaba la fecha del día 30 de octubre de 1868; el dictamen de las comisiones fue del día 19 de noviembre; y el debate en lo general comenzó el día 27 de noviembre, quedando aprobada la nueva ley el 19 de enero de 1869.⁴

Es importante comentar que en varias de las sesiones estuvieron presentes el ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, quien firmó la iniciativa, y José María Iglesias, ministro de Gobernación. El debate del capítulo II, relativo al amparo en materia judicial, comenzó durante la sesión del 28 de diciembre de 1868, y se desahogó durante las sesiones del 29 y 31 del mes de diciembre, del 2, 4 y 9 de enero, fecha en que se apruebo, en votación nominal, el art. 8 por 64 votos a favor y 44 en contra (p. 272).

⁴ El texto aprobado de la nueva ley puede verse en Barragán (1987: 314 y ss.).

Conclusión

Es un debate muy importante, al menos en mi opinión, por la impronta que los juicios de amparo, tal como se muestra en este debate, estaban llamados a causar en todo el sistema de procuración e impartición de justicia en México, desde los inicios de su incorporación a un texto constitucional hasta nuestros días. Es intenso, como ahora diríamos; no fueron muchos en número los diputados que participaron en él, pero su intervención fue de manera reiterada, insistiendo mucho en sus respectivas y encontradas opiniones.

Como habrá apreciado el lector, yo he procurado copiar pasajes amplios, a veces completos, de las intervenciones de los diputados en este punto relativo al amparo en materia judicial. Dichos pasajes son una invitación a la reflexión. En el debate se advierte que todos coinciden en las bondades y la importancia de los juicios de amparo. Discrepan sobre si deben ser procedentes o no en materia judicial, ya sea federal o local.

Las opiniones analizadas son irreductibles, irreconciliables. Lo fueron ayer, durante este debate del proyecto de ley. Hubo mayoría de veinte votos a favor de la prohibición total del amparo en materia judicial. Después, durante el debate de la tercera ley reglamentaria de 1882, que también ha sido recopilado en otro libro de su servidor, se reproduce el mismo debate, incluso algunos diputados al Congreso de 1868, como Rafael Herrera, participaron en este de 1882, y hubo mayoría a favor de levantar por completo dicha prohibición.

Desde 1882 se mantiene la procedencia del amparo en materia judicial hasta nuestros días. Los jueces federales o la doctrina oficial habla del federalismo judicial, y aun la doctrina académica, para justificar la tutela completa de los jueces federales sobre los jueces locales. ¿Qué es lo que ha prevalecido desde 1882 a la fecha: las bondades teóricas de los juicios de amparo, reconocidas por unos y otros opinantes, o las prácticas, reales y diarias, de los abusos, de las chicanas y de la misma complicidad, que ya se señalaron en este debate de 1869?

Empecé a trabajar esta clase de juicios en la Facultad de Derecho de Valencia, España, desde 1970, con mi tesis de licenciatura y con la de doctorado. Denuncié el gran absurdo de mantener esa tutela de un sistema de jueces, el federal, sobre otro sistema de jueces, el local mexicano, con un sistema de juicios de amparo, cuyas bondades teóricas apenas tienen lugar en su práctica; y cuyos inconvenientes prácticos, lejos de disminuirse, se han acrecentado a extremos realmente alarmantes.

Frente a estos hechos, lo prudente, inteligente, económico y correcto científicamente sería suprimir el sistema de jueces locales. En palabras de Dondé: “¿Qué queda de positivo a la justicia de los Estados? ¿No es más cuerdo suprimir los tribunales locales, y dejar sólo que los de la Unión decidan todos los litigios?” (p. 206).

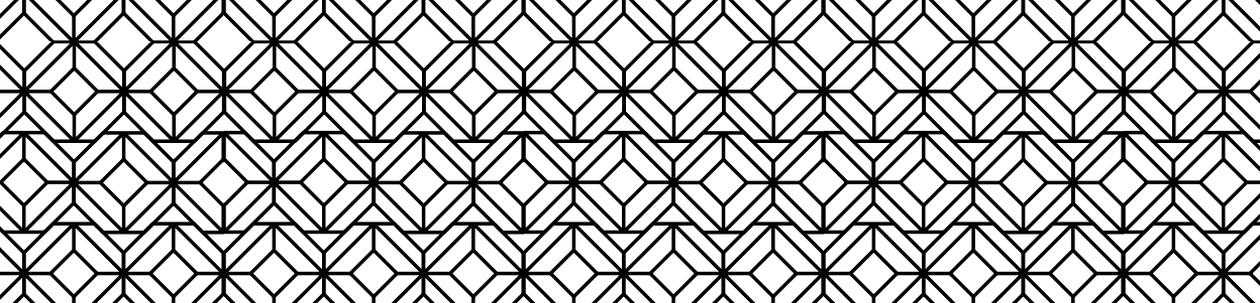
Desde este punto de vista y a la distancia de casi ciento cincuenta años, sería absurdo tratar de volver a discutir el tema, bajo el mismo planteamiento histórico, a saber, sobre si los juicios de amparo favorecen el federalismo judicial, o sobre si lo han convertido en un gran absurdo y, como todo lo absurdo, en una inmensa irracionalidad.

Yo me quedo con una lección histórica, que está en este mismo debate de 1869 y se expresó por boca de varios diputados, entre ellos por Baz y Valiente y Dondé. El primero dijo: “Ese juicio de amparo está establecido desde el patriarcado. Perfeccionadas las sociedades, ese recurso se perfeccionó con las instancias. Éstas son garantías a favor del individuo; y además de la 1ª, 2ª, y 3ª instancia, quedan aún la responsabilidad y el juicio de nulidad”. Dondé expresó la misma idea: “Los tribunales no han sido desde la época más remota, más que una institución de amparo a favor de los derechos legítimos”.

Yo ahora, como punto final, solamente añadiría que esta lección histórica se aprecia desde el ejemplo bíblico que narra la reclamación ante el rey Salomón de los derechos que dos mujeres pretenden tener sobre una criaturita: ¿qué es lo que reclaman sino el más sagrado de todos los derechos humanos que pueda reclamar una mujer? Se reclama de manera directa ante el sistema mismo de impartición de justicia, y de igual forma es resuelto con total satisfacción.

Bibliografía

- BARRAGÁN, J. (1987). *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*. México: UNAM.
- NIETO, R. M. (s.f.). *El debate de la Constitución de 1857* (vol. 3). México: H. Cámara de Diputados.
- TENA, F. (1980). *Leyes fundamentales de México 1808-1979*. México: Porrúa.



La política pública como objeto de revisión de las funciones de los jueces constitucionales: estudio de caso del amparo en revisión 566/2015

GERMÁN CARDONA MÜLLER

Introducción

Con la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2011 a nivel federal en materia de derechos humanos (Cámara de Diputados, 10 de junio de 2011), los derechos económicos, sociales y culturales lograron tener una nueva dimensión, ya que los órganos encargados del control de constitucionalidad podrían conocer de violaciones a estos. Esta reforma ha tenido también una incidencia en cuanto a los alcances de los operadores jurisdiccionales y en los diseñadores políticos competentes en materia de políticas públicas, ya que los primeros pueden analizar y evaluar de manera casuística si estas cumplen con los umbrales mínimos en la materia, atendiendo a los lineamientos establecidos por los tratados internacionales de los que México es parte, así como por sus interpretaciones, modificando en su caso presupuestos e inclusive programas gubernamentales.

Ante este nuevo contexto cabe preguntarse cuáles son los lineamientos que deben adoptar los jueces constitucionales en México, al evaluar políticas públicas, cuando los gobernados u otros

sujetos facultados alegan violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una pregunta central, atendiendo al hecho que los operadores jurisdiccionales no gozan de la legitimidad que proviene del voto, si no, tal como lo establece Alexy (2009), que gocen de una calidad argumentativa que sea racional y razonable.

Los órganos competentes en materia de control de constitucionalidad, deben mostrar que no sólo dan razones, es decir, que fundan y motivan de manera arbitraria; además, les corresponde desahogar de manera plena lo que Atienza (2012) ha configurado como las tres dimensiones o acepciones de la argumentación jurídica; debe existir un alto grado aceptable de solidez para el justiciable, tanto desde el aspecto formal o justificación interna de los razonamientos que se vierten, así como tratándose de la dimensión pragmatialéctica, a efecto que las premisas cuenten con un grado de corrección acorde con los principios constitucionales que se desprendan de un contexto determinado.

Contexto de la debida fundamentación y motivación de los operadores jurisdiccionales en el Estado mexicano

Si bien la seguridad jurídica, en materia jurisdiccional, se traduce en un deber de fundar y motivar, cabe resaltar que hasta la fecha no existe obligación consistente en que los operadores jurisdiccionales no están obligados a justificar la idoneidad del método de interpretación jurídica a emplear cuando se lleva a cabo. Esto se debe a que el desarrollo jurisprudencial al momento de realizar esta tesis, sólo obliga a que escoja un método por el cual se pueda adscribir un significado a las disposiciones que se desprenden del ordenamiento constitucional. Para mayor claridad, a continuación se cita la siguiente jurisprudencia emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (28 de septiembre de 2000) en la materia:

Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la Constitución. Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.

Si bien *a priori* todos los métodos de interpretación son igualmente válidos, esto ya no aplica al momento de emitir una decisión jurisdiccional por parte de los operadores jurídicos. En este aspek-

to, tal como lo establece Wróblewski (2018), se deben de valorar las diversas directrices interpretativas para dilucidar la problemática en cuestión, escogiendo y, por ende, justificando aquella que sea más adecuada para solucionar la problemática.

En tanto que en México aquellos que aplican el derecho en sedes jurisdiccionales no están obligados a establecer la idoneidad del método a emplear, esto genera una mayor inseguridad jurídica para los justiciables, ya que como bien lo establece el autor, cada directriz interpretativa que se emplea ante una determinada problemática tiene diversas consecuencias para el desarrollo del derecho en un determinado contexto. Esta cuestión no se contradice por el hecho que los operadores jurisdiccionales tienen el deber de colmar el principio de exhaustividad y congruencia en sus sentencias, que ha establecido en su momento el Poder Judicial de la federación (SCJN, 24 de mayo de 2005). Esto se debe a que si bien los jueces constitucionales pueden establecer sentencias que son en un momento, *a priori*, racionales y razonables, esto no implica que sea la mejor solución posible.

Fundar y motivar la idoneidad de los métodos que se emplearán para solucionar un caso disminuye la discrecionalidad y de caer en un error, ya que conlleva explicitar las razones por las cuales se descartaron otros métodos. La omisión de realizar dicha función justificativa genera una mayor inseguridad jurídica para los justiciables, ya que como bien lo establece el autor de referencia, cada directriz interpretativa que se emplea ante una determinada problemática, tiene diversas consecuencias para el desarrollo del derecho en un determinado contexto.

Problemática

Ante la ausencia de normas que establezcan la obligatoriedad de fundar y motivar la idoneidad de los métodos a emplear ante un caso a solucionar por parte de los operadores jurisdiccionales, la seguridad jurídica para los casos en los que los jueces constitucionales tienen que solucionar problemas que afectan el diseño, implementación o evaluación de políticas públicas, se ve comprometida. Esto implica que el justiciable, así como el Estado mexicano, no cuentan un umbral

mínimo que garantice en mayor medida la calidad de la argumentación jurídica que se realice en cada momento.

Atendiendo a las nuevas reformas en materia de justicia constitucional para el caso del amparo, esta circunstancia se hace más evidente, ya que actualmente la legislación permite en su art. 5 que una sola persona o grupos colectivos puedan hacer valer el interés legítimo como herramienta para que esta pueda tener impacto en las políticas públicas del Gobierno en su conjunto (Ley de Amparo, reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013).

Como se ha podido ver en varios casos de la corte, las implicaciones de una debida justificación pueden inclusive impactar todo el proceso de diseño de políticas públicas desde la propia producción normativa que establece los lineamientos en la materia, tal como ocurrió en la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo en revisión 1359/2015, en donde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que cuando se emplee el interés legítimo, la sentencia podría tener, en caso que se trate de omisiones legislativas absolutas, el efecto de obligar al Poder Legislativo a expedir la normatividad referente a la publicidad oficial del Gobierno (SCJN, 15 de noviembre de 2017).

El interés legítimo, si bien representa una nueva herramienta para los justiciables, sobre todo en derechos económicos, sociales y culturales, también lo es que puede verse abusado tanto por el justiciable como por los operadores jurisdiccionales; ya sea que se reduzca su radio de acción o se amplíe de manera necesaria el ámbito de protección que abarque, todo dependerá de la solidez de la argumentación, tanto en su aspecto formal así como en la corrección de las premisas.

Ante esta problemática es imperioso que se cuente con una metodología que coadyuve a fortalecer la seguridad jurídica en su aspecto formal y material, para que tanto los entes públicos y justiciables cuenten con la certeza y previsibilidad que las soluciones que se ofrezcan tendrán un mayor impacto positivo en todo el ciclo de políticas públicas. De lo contrario, la administración de justicia puede llegar a ser arbitraria y en detrimento de la población.

Metodología y selección de caso

A través de este trabajo de investigación se mostrará la necesidad jurídica de los jueces constitucionales en México de adoptar lineamientos por los que se funde y motive la idoneidad del método, cuando se tratan asuntos que impactan las políticas públicas, ya que de lo contrario se viola el principio de seguridad jurídica. Para mostrar la urgencia de adoptar estas medidas, se analizará la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo en revisión 566/2015, en donde se construyó el concepto de política pública razonable de manera deficiente a la luz de criterios internacionales en materia de derechos humanos, y en violación al principio de seguridad jurídica.

Se adoptará como metodología para abordar dicho caso el estudio de caso, adoptando el marco teórico del postpositivismo jurídico, el cual, como perspectiva epistemológica, permite el análisis de valores jurídicos y su confrontación entre sí, que es idóneo porque permite analizar con ello la viabilidad de los argumentos axiológicos que se emplean en la sentencia, como es el caso de los principios jurídicos constitucionales que, como la seguridad jurídica, son objeto de esta sentencia.

A efecto de lograr la viabilidad del objetivo, se analizará y evaluará la sentencia, utilizando el modelo de Wróblewski como medio para determinar el grado de justificación de la interpretación. Como bien lo sintetiza Zaleta (2013), se parte de la premisa que, ante las diversas posibilidades de interpretación de un determinado problema jurídico a resolver, el juzgador está vedado de escoger el método de interpretación de manera arbitraria, ya que debe guiarse por pautas de racionalidad.

Para tal efecto, este segundo jurista describe los pasos a seguir para conformar la racionalidad, los cuales se describen de manera sucinta:

- Determinación de la problemática jurídica a dilucidar.
- Esquemmatización de las diversas alternativas que contengan:
 1. Decisión de la interpretación.
 2. Señalamiento de las directivas de interpretación que se emplearon.
 3. Explicación de las directivas empleadas.

- Evaluación y determinación de cuál de las alternativas cuenta con una mejor justificación interna y externa, atendiendo a los principios constitucionales vigentes.

A efecto de emplear de manera óptima el análisis para los casos que se analizarán a través de la tesis, cabe resaltar que dicho método se empleará con algunas variantes, atendiendo al hecho consistente en que ya se tratan de sentencias elaboradas. En este aspecto, los pasos a seguir serán los siguientes:

1. Descripción de la problemática establecida por el operador jurisdiccional, y en caso que exista justificación sobre la problemática referida se establecerá dicha determinación.
2. Determinación de la directiva de interpretación elegida por el operador jurisdiccional, señalando en su caso si justificó dicha opción frente a otras alternativas.
3. Análisis y evaluación de la justificación interna y externa empleada, atendiendo a los principios constitucionales vigentes confrontadas frente a una o varias alternativas de interpretación en ambos supuestos, a efecto de evaluar cuál cuenta con mayor solidez argumentativa.

El modelo de Wrobléwski parte de la premisa, consistente en que el operador jurisdiccional explicitará la fundamentación y motivación a la idoneidad del método frente a otras alternativas; sin embargo, cuando este elemento no está presente, cuenta con la ventaja en que se puede emplear a efecto de evaluar el impacto que tienen las resoluciones y sentencias, sobre todo si omitieron realizar este paso.

Desarrollo

Antecedentes del amparo en revisión 566/2015

A efecto de contextualizar el precedente objeto de este trabajo de investigación, se establecen de manera breve sus antecedentes:

1. El Gobierno de Nayarit celebró un contrato de obra pública con base en precios unitarios y tiempo determinado con la empresa X, a efecto de realizar el proyecto denominado “Ciudad de las Artes” en su primera etapa. Posteriormente, consiguió un crédito para la segunda etapa; sin embargo, el 20 de julio de 2013 se publicó en el *Periódico Oficial del Estado de Nayarit* la desincorporación del inmueble a su régimen a efecto de enajenarlo.
2. Ante dichos actos, el quejoso Q1, en representación de los quejosos Q2 al Q16, interpusieron un amparo indirecto en contra del titular del poder ejecutivo y el poder legislativo de Nayarit, por la desincorporación de dicho bien inmueble como bien de dominio público y su enajenación, así como por la omisión de concluir el proyecto en cuestión.
3. Entre los diversos derechos que se estiman violados trasciende el derecho humano a la cultura, en donde las quejas argumentaron que el acto de autoridad afecta también el principio de progresividad y no regresividad.
4. El Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Nayarit admitió el 31 de julio de 2013 la demanda de amparo; sin embargo, la sobreseyó el 16 de octubre. Ante dicha circunstancia, los quejosos interpusieron con fecha 3 de junio de 2014 recurso de revisión; el cual, tras petición, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Primera Sala, determinó conocer del asunto, ejerciendo su facultad de atracción con fecha 25 de marzo de 2015. La ponencia de este asunto estuvo a cargo del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Análisis y evaluación de la justificación interna y externa de la sentencia

Se procede a analizar y evaluar la sentencia tanto en su justificación interna y externa empleando el modelo de Wrobléwski, con las particularidades que ya fueron establecidas. Para tal efecto, se atenderá primero a los razonamientos que sirvieron a la Corte para construir la premisa mayor del silogismo jurídico, para poder analizar las deficiencias en este, y así pasar al análisis de la corrección material de las premisas que los integran.

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el problema a dilucidar consistió en establecer si la omisión en concluir el proyecto denominado la “Ciudad de las Artes” constituye una violación al derecho a la cultura, siendo que esto les impide a los quejosos acceder a diversos bienes culturales, siendo además regresiva al existir en su consideración un menor acceso a dicha circunstancia. En este caso, la Corte fue omisa en establecer la justificación por la que determinó las razones que le llevaron a establecer que esta es la problemática.

El operador jurisdiccional es omiso en determinar la directiva de interpretación para este caso de manera previa, aunque sí lo hace de manera explícita, al establecer en su mayor parte argumentos de autoridad atendiendo a precedentes que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como aquellas opiniones consultivas y demás lineamientos emitidos por la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su vez, hace referencia a la legislación nacional e internacional, como es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que atendiendo a las referencias se desprende que también se emplea una metodología sistemática y teleológica en la materia para llegar a la conclusión que sostuvo a través del caso; sin embargo, como se verá más adelante, aunque intentan deconstruirse argumentos de esta índole, no se logran concretar, por lo que dichas referencias no son más que parte del contexto de descubrimiento que realiza el órgano de control de constitucionalidad.

Análisis de la justificación interna y/o formal

La Corte estimó en este caso que no se violó el derecho a la cultura con la omisión del Gobierno del Estado de Nayarit, consistente en terminar la segunda parte del proyecto “Ciudad de las Artes”. Para llegar a esta conclusión, la Corte construyó la premisa mayor atendiendo a los compromisos internacionales asumidos con la Comunidad Internacional, reiterando que a partir de 2011 los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido, la premisa mayor que construyó la Corte para llegar a dicha conclusión se conforma por tres supuestos:

1. El núcleo esencial de los derechos humanos.
2. El deber internacional de progresividad.
3. El deber de no adoptar injustificadamente medidas regresivas.

En este sentido, dicha premisa normativa se puede conformar de la siguiente manera: “PM: Toda autoridad está obligada a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales humanos atendiendo a su núcleo esencial, adoptando medidas progresivas y no regresivas”.

Para establecer la actuación constitucional de la autoridad, en este caso el Gobierno de Nayarit, la Corte precisó aún más la integración de cada uno de los elementos de la premisa mayor, por lo que se procede a desglosar y describir cada uno de estos elementos.

Núcleo esencial del derecho humano a la cultura

Implica por parte del Estado tomar medidas positivas y negativas de manera inmediata, atendiendo al contexto de cada uno, para que no se produzcan violaciones graves a la dignidad humana. Esto implica que queda al arbitrio de cada tribunal justificar si la afectación al núcleo esencial se traduce en una afectación tal a la dignidad humana que se puede caracterizar como grave. En caso que este ocurra se debe ordenar la inmediata protección del mismo.

Tratándose del derecho a la cultura, para la Corte esto consiste, en atención al art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales, que el Estado adopte las medidas para crear y promover “un entorno en el que toda persona, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, pueda participar en la cultura de su elección” (SCJN, 15 de noviembre de 2017).

Deber de progresividad

El Estado debe adoptar una política pública razonable para alcanzar el derecho humano en cuestión, la cual sólo se puede hacer cuando el Estado haya alcanzado el núcleo esencial del derecho. Esto a su

vez significa que los tribunales deben adoptar una actitud de deferencia ante las políticas públicas adoptadas por el Poder Ejecutivo y Legislativo, al considerar que tiene mejor conocimiento sobre cómo alcanzar estas finalidades.

Deber de no regresividad

Consiste en abstenerse de adoptar medidas regresivas normativas, es decir, aquella norma posterior suprime o restringe un derecho. También es prescindir de adoptar medidas regresivas de resultados, en otras palabras, aquellas políticas públicas que impliquen una menor satisfacción generalizada del derecho, que los particulares se encuentren afectados por dicha regresión generalizada y que la medida sea la causa, es decir, la condición suficiente y necesaria¹ de dicha regresión.

Se procede ahora a establecer la confrontación que realiza este órgano de control de constitucionalidad de la premisa menor, consistente en la omisión de realizar el proyecto de infraestructura cultural ya señalado, con la premisa mayor, atendiendo a los diversos elementos que la integran.

Confrontación de la premisa menor con el núcleo esencial en materia de derechos humanos

La Primera Sala estableció que no se viola el núcleo esencial de los derechos humanos con dicha omisión, ya que la afectación a los quejosos implica una vulneración a su dignidad humana de índole leve, sin que se establezcan argumentos que establezcan el porqué se llega a esta determinación. Se cita el párrafo en su integridad en donde se establece esta afirmación para mayor claridad:

Así, en este asunto se observa que la omisión reclamada no viola el núcleo del derecho de los quejosos al acceso a la cultura. En efecto, esta Primera Sala

¹ Si bien la Primera Sala no establece el concepto de “causa suficiente y necesaria” si no sólo el concepto de “causa”, se hace énfasis en esta cuestión, ya que de lo contrario con facilidad se podría abusar del término, comprometiendo con ello el principio de congruencia y exhaustividad que requieren adoptar las sentencias.

advierte que la omisión de construir una extensión de la cineteca nacional, una ludoteca, una biblioteca, el *área* de la escuela de música y la escuela de Bellas Artes del Estado de Nayarit, no genera una afectación tan grave en la esfera de los quejosos que pueda calificarse como una vulneración a su dignidad (SCJN, 15 de noviembre de 2017).

Confrontación del deber de progresividad con la premisa menor

La Corte razona en este supuesto que no se viola el principio de progresividad, toda vez que existe una política pública razonable; aunque no precisa qué se debe entender por este concepto dentro del contexto del caso concreto. Da a entender que la razonabilidad estriba en los siguientes puntos:

- Existe una primera etapa de dicha infraestructura cultural que brinda algunos servicios culturales, sin establecer vía evaluaciones y peritajes u otros análisis culturales o relevantes si estos son suficientes y necesarios.
- De la desincorporación del bien inmueble del dominio público y su enajenación se utilizará el producto a la Universidad Autónoma de Nayarit para cubrir subsidios de anteriores ejercicios fiscales. Atendiendo a su vez al principio de deferencia de los poderes legislativo y ejecutivo de dicha entidad, se da por sentado que esto integra una política pública razonable sin que se otorgue ningún análisis para corroborar dicho extremo.

Confrontación del deber de no regresividad con la premisa menor

Tratándose de la regresividad normativa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que no se viola la regresividad normativa toda vez que no se reformó norma alguna por el cual les hubiera eliminado o restringido algún derecho adquirido.

En el caso de la regresividad de resultados, dicho órgano de control de constitucionalidad consideró que no se viola ese extremo, toda vez que no se había comenzado a construir la segunda fase de la

“Ciudad de las Artes”, por lo que no se puede afirmar que los quejosos contaran con alguna expectativa o derechos específicos a su favor.

Por lo tanto, toda vez que, al confrontar la premisa mayor con los extremos del derecho a la cultura, se concluye que el Estado no violó este. A continuación, se reconstruye el silogismo jurídico en su justificación interna y atendiendo a su dimensión formal para mayor claridad.

- Premisa mayor: toda autoridad está obligada a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales humanos, atendiendo a su núcleo esencial y adoptando medidas progresivas y no regresivas.
- Premisa menor: el Estado de Nayarit fue omiso en concluir la segunda fase de la “Ciudad de las Artes”, consistente en un proyecto de infraestructura de bienes culturales en donde se garantizó que los habitantes contaran con un núcleo esencial de bienes cultural (primera etapa); la desincorporación y enajenación de dicho bien inmueble se utilizará para una política a favor de la Universidad Autónoma de Nayarit, y no existía compromiso alguno por parte del Estado de garantizar la conclusión de dicha infraestructura. No se viola el derecho humano a la cultura.

Del análisis de los razonamientos que integran la justificación interna, así como la dimensión formal de la argumentación de esta sentencia ejecutoriada, se desprende que se cumplen a cabalidad la integración del silogismo jurídico. Esto implica que es formal, si bien, como se verá a continuación, tratándose de la justificación externa esto no ocurre.

Se reitera que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación intentó emplear en su mayor parte argumentos de autoridad, haciendo referencia a la legislación nacional e internacional, así como a precedentes de dicha naturaleza, y haciendo énfasis en la finalidad que estos persiguen. Es decir, existió además del intento de construir argumentos sistemáticos y teleológicos.

El problema de fondo consiste en el grado de corrección de las premisas que se utilizan en el estudio de fondo para poder construir la premisa mayor, en donde, lejos de construir argumentos con el suficiente grado de corrección, no pasan más allá de intentos en donde las referencias a los precedentes nacionales e internacionales,

así como de la legislación de dicha naturaleza, no se logra pasar del contexto de descubrimiento. Se procede a realizar dicha evaluación atendiendo a los elementos que conforman la premisa mayor.

Evaluación de la justificación externa referente a garantizar el núcleo esencial del derecho humano a la cultura

De la sentencia se desprende que existe poca solidez en el grado de concreción del razonamiento vertido, ya que además de lo corto del argumento, que no sobrepasa un párrafo, se incurre en la falacia de énfasis o acentuación, así como de petición de principio. En el primer caso, se surte el extremo atendiendo al hecho consistente en que se aprovecha el énfasis escrito que se abusa de “gravedad”, tratándose del grado de afectación a la dignidad humana para poder validar la postura de la Primera Sala, sin que jamás se exprese qué se entiende por una violación de dicha magnitud, atendiendo al contexto en el cual se da.

El operador jurisdiccional da por hecho que, pese a que sí se violó la dignidad humana de los quejosos, no logra trascender los parámetros necesarios para acreditarla atendiendo a los propios precedentes y demás lineamientos nacionales e internacionales que cita. A su vez, se incurre en una petición de principio, precisamente porque se presupone lo que se debe de probar, que en este caso consiste en que efectivamente no existió una violación grave a la dignidad humana. Para tal efecto, la Primera Sala debió haber precisado el alcance de dicho concepto, y explicitar los lineamientos para determinar los grados de magnitud entre lo que podría ser una violación leve o de otra índole, atendiendo al contexto nacional e internacional.

Ante la omisión de inclusive incluir pruebas de diverso tipo que corroboraran lo dicho, la afirmación que hace este órgano de control de constitucionalidad es dogmática y por ende falaz. Por ello, se reitera que si bien establece a manera de contexto de descubrimiento varios precedentes a nivel nacional e internacional para fijar las obligaciones del juzgador, no existe enlace argumentativo entre dichos precedentes y el párrafo en donde se vierte el razonamiento en cuestión. Con ello se crea un riesgo para futuros precedentes que pueden impactar a la población en general, consistente en que cualquier

violación a los derechos económicos, sociales y culturales, que procedan de deficiente diseño e implementación de políticas públicas, puedan justificarse de manera arbitraria o con un deficiente grado de calidad en la fundamentación y motivación de los entes públicos.

Evaluación de la justificación externa referente al deber de progresividad

El grado de corrección que plantea la argumentación jurídica a los razonamientos que realiza la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es deficiente, toda vez que se incurre en una petición de principio, ya que nuevamente se presupone lo que se debe probar, consistente en mostrar que el Estado cuenta con una política pública razonable. En este caso se asume que contar con la primera etapa de la “Ciudad de las Artes”, garantiza contar con la infraestructura por el cual los habitantes pueden acceder al derecho en cuestión; y a su vez, el hecho que se haya desincorporado dicho inmueble para lograr obtener de su venta un producto para satisfacer subsidios de anteriores ejercicios fiscales es algo razonable.

La Corte incurre en la misma deficiente estructura en su línea de argumentación, en donde si bien sienta los precedentes internacionales y nacionales, jamás los conecta con su razonamiento; es decir, nuevamente no logra establecer el enlace en donde muestre su pretensión. Esto se debe a que es omiso en precisar para empezar el concepto de “política pública razonable” desde el comienzo, a la luz del contexto internacional para lograr establecer los extremos que pretende.

Si bien la Corte intenta invocar el principio de deferencia hacia el legislador y al poder ejecutivo para no tener que dar mayores argumentos de su postura, dicha línea de argumentación es inoperante. En todo caso, debió mostrar por qué opera la deferencia hacia dichos poderes en el caso concreto, y más cuando está de por medio un derecho humano, situación que no acontece. En este aspecto, cabe traer a colación las reflexiones de Atienza (2012) sobre razones institucionales, las cuales son válidas que operen y se sobrepongan a principios, como es el caso de un derecho humano, pero siempre que se muestre de la ponderación que se justifica dicha medida.

Por lo tanto, al ser omiso el operador jurisdiccional en establecer la interrelación de argumentos consistentes y contar con una obra inconclusa y la posterior venta del inmueble para apoyar la educación superior, y contar con una política pública razonable, se desprende que no se muestra el extremo que pretende. En todo caso, la ausencia de pruebas que muestren que con estas obras se logra garantizar la demanda de la población de bienes culturales que requiere, debería ser indicio a favor del quejoso.

La repercusión que tendrá esta deficiente línea de argumentación para futuros precedentes, consiste en que cualquier política pública que realice el Gobierno en sus diversos niveles de gobierno o instancias, con tal que exista un indicio que hizo cualquier movimiento, por más defectuoso que sea, podrá traducirse como una política pública razonable a favor de los derechos humanos de la población. Esta última, a su vez, tendrá una carga argumentativa injustificada para mostrar que una política pública, evidentemente defectuosa, es contraria a sus derechos humanos.

Evaluación de la justificación externa referente al deber de no regresividad

La Corte vuelve a incurrir en petición de principio de manera similar a lo que ha venido sucediendo, ya que da por hecho que no existe una regresividad normativa, al igual que una regresividad de resultados, atendiendo al hecho de que no se modificó la legislación vigente; así como al hecho que no existe obra que implique que los justiciables hayan contado con alguna especie de derecho adquirido, sin que se den razones o motivos del porqué se afirma esto.

En este sentido, la Primera Sala debió de haber precisado dos conceptos fundamentales para entender la problemática y mostrar con un alto grado de solidez la conclusión a la que llegó:

1. Lo que se ha de entender por norma.
2. Lo que se ha de entender por derecho adquirido.

Tratándose del primer supuesto, si bien se entiende que la Corte intenta equiparar norma por legislación, deja a un lado cualquier otro concepto, como aquel que se puede referir de un derecho adquirido

a través de un decreto o una resolución. En este caso, se desprende que existió un convenio entre el Poder Ejecutivo y varias empresas para desarrollar la infraestructura cultural en dos fases. Era obvio que dichas instalaciones se hacían en beneficio de la población, no así del Gobierno, de tal forma que existía en papel un interés legítimo a manera de un derecho cultural sustancialmente a favor de la población.

Poco importa que esta obra esté o no concluida, porque si bien el Poder Ejecutivo puede desincorporar sus bienes de su patrimonio, también lo es que debió de ponderar, dentro de la esfera de sus competencias, entre dicho acto y el derecho a la cultura, situación que no aconteció. Esta circunstancia fue lo que debió haber previsto el Poder Judicial de la federación para establecer si efectivamente se daba el supuesto anterior.

Todo indica entonces que, al existir un derecho adquirido, a nivel de normatividad de convenio y a favor de las personas, se desprende que no se sigue el razonamiento de la Primera Sala. A su vez, en materia de regresividad de resultados, también se da este extremo, ya que, al contar normativamente con un bien tutelado vía convenio, al desaparecer con la desincorporación de dicho inmueble estos ya no podrán ser gozados por la colectividad.

Confrontación de la justificación alternativa referente al acceso al núcleo esencial del derecho a la cultura

Atendiendo al modelo de Wrobléwski que se ha estado empleando, se procede a confrontar la justificación interna y externa de la Primera Sala con la alternativa consistente en sostener que efectivamente se vulneró el derecho humano a la cultura de los quejosos. Se adopta esta tesis, ya que de la evaluación de la justificación externa que da la Corte, no se da ningún supuesto por el cual se pueda dar a entender que justifique la acción del Gobierno del Estado de Nayarit.

En este aspecto se establecerá dicha confrontación atendiendo solamente al elemento referente al núcleo esencial del derecho a la cultura. Esto se debe a que, como se mostrará, toda vez que la alternativa justificativa implica que efectivamente se viola de manera grave dicho elemento, no se puede proceder por lógica analizar los demás

elementos, siendo necesario puntualizar que en el análisis y evaluación de los demás elementos se mostró que efectivamente se vulneraron de manera fehaciente.

Se establece como alternativa a la postura de la Corte que efectivamente se violó el núcleo esencial de la población, toda vez que sí se dio una afectación grave a su dignidad, atendiendo al grado de población que no se verá beneficiada con dicha obra, y a las limitaciones de bienes culturales que ya no podrán acceder. Si bien estos datos no están referidos en la sentencia, de la propia naturaleza jurídica del bien se mostró que es de índole estatal.

Esto implica que el destinatario del bien inmueble no iba a tener un destinatario particular, ya que la infraestructura era de tal magnitud que se realizaba a favor de toda la población. En este supuesto, se trata de una obra que trasciende la esfera de los quejosos y que, a su vez, implica privar a la población de todo el Estado de la posibilidad de contar con esos bienes culturales que ya estaban comprometidos en un convenio. Con ello el acceso a los servicios culturales se verá mermado, sin que exista forma de mostrar que cuenten con otros servicios equivalentes que haya justificado que la desincorporación de dicho bien inmueble y su venta haya sido la única y mejor opción de la ponderación que haya realizado el Gobierno del Estado de Nayarit o el Poder Legislativo en su momento.

No es justificación el hecho consistente en que existan algunos o pocos servicios culturales, ya que se tenía un derecho consistente para la población de todo Nayarit de contar con dicha obra con el acceso a diversos servicios y bienes culturales, atendiendo a las diversas necesidades, circunstancia que se vulneró por parte del Gobierno federal.

En este aspecto, dicha línea de argumentación es más sólida, ya que atañe a establecer un razonamiento atendiendo a una visión de la cultura, de la naturaleza jurídica del bien y de los derechos debidamente adquiridos en beneficio de la población, acorde con el principio *pro homine*. De tal manera que si bien el operador jurisdiccional logra colmar los extremos de la justificación interna y de su dimensión formal, esto sólo fue porque la justificación externa, por la que se construyó en este apartado, estaba viciada.

Los beneficios de adoptar esta justificación externa consisten en que con ello el juzgador pudo obviar los demás pasos, ya que es una condición suficiente y necesaria para poder otorgar el amparo y garantizar que se tomen medidas para que el Gobierno del Estado de Nayarit concluyera, atendiendo a sus posibilidades económicas y con plazos, la segunda etapa de la “Ciudad de las Artes”.

Esto implica además que la población pueda gozar de manera eficaz y eficiente del derecho a la cultura a través de la construcción de la infraestructura correspondiente en la mayor posibilidad de modalidades, sentando un precedente acorde con los lineamientos establecidos en la legislación y precedentes a nivel nacional e internacional.

Conclusiones

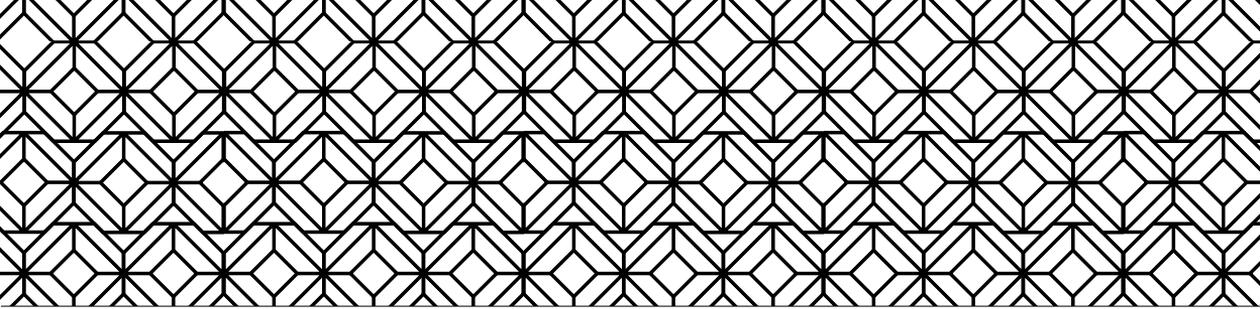
A través de este trabajo se mostró que los jueces de control de constitucionalidad carecen de medios por los cuales se establezca la obligatoriedad de explicitar la justificación de la idoneidad del método a emplear para solucionar un determinado caso, con lo cual se tiene como repercusión afectar negativamente la seguridad jurídica de los justiciables y el Estado de derecho. Tras el análisis y evaluación de la justificación interna y externa de la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo en revisión 566/2015, se mostró la necesidad de que se garanticen los lineamientos a nivel normativo para que esto ocurra; lo cual si bien no implica que los operadores jurisdiccionales tendrán como efecto el que no cometan errores, se reduce de manera significativa el riesgo de que estos sucedan.

Se hace más evidente la necesidad de que se adopten este tipo de lineamientos cuando los jueces constitucionales tomen decisiones que impactarán en el diseño e implementación de políticas públicas, ya que de lo contrario se puede abusar de las lagunas normativas, así como de la ambigüedad del lenguaje para afectar a la población en general, sobre todo cuando están de por medio los derechos económicos, sociales y culturales.

Si bien pueden existir y desarrollarse diversas fórmulas que logren dicho cometido en el corto, mediano y largo plazo, se mostró que el modelo de Wrobléwski podría servir como una herramienta eficaz y eficiente para los jueces constitucionales para controlar durante el desarrollo de sus sentencias, así como a futuro, la calidad de argumentación jurídica en beneficio de la población y de la dignidad humana.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del derecho*. Doha.
- ATIENZA, M. (2012). *El derecho como argumentación*. España: Ariel.
- Cámara de Diputados (10 de junio, 2011). Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo 1 del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf
- SCJN (28 de septiembre, 2000). *Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la Constitución, Tesis: P/J. 61/2000*.
- SCJN (24 de mayo, 2005). *Congruencia y exhaustividad de sentencias dictadas en amparo contra leyes. Alcance de estos principios, Tesis: 1a./J. 33/2005*.
- SCJN (15 de noviembre, 2017). *Amparo en revisión 1359/2015, 1359/2015*.
- WROBLÉWSKI, J. (2018). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- ZALETA, J. M. (2013). *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*. Ciudad de México: Porrúa.



Una mirada al juez constitucional mexicano

FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO

Introducción

Desde las remotas civilizaciones hasta las sociedades contemporáneas no pueden sino organizarse gracias al imperativo de la norma interpretada y aplicada por la figura de un juez: emblema en el que confluye todo el entramado cultural político y jurídico de su contexto mismo que ha tenido como fin, a través del tiempo, procurar la justicia.

Por lo anterior, es considerado el “centro de gravedad” y de quien depende el equilibrio del bienestar social, labor por demás importante por tanto podemos decir, aunque de manera sucinta, que el rol del juez se sustenta bajo dos aspectos, tanto de interpretador de la norma como aplicador de la misma; custodio y garante de decir el derecho, a propósito de “dar a cada quien lo que le corresponde”, como señala aquella definición histórica de justicia de Ulpiano. Dicho lo anterior, es importante dejar clara aquella figura a la que nos referíamos líneas atrás, por tanto, determinaremos su concepto.

Concepto de juez constitucional

Una forma en la que podemos identificar la figura del juez constitucional es a través de sus características básicas, esto es, no sólo como

aplicador del derecho, sino como un necesario interpretador de la ley expreso de ser prudente en sus decisiones; por otro lado, al tener un saber práctico hace esencial la prudencia a la hora de interpretar y aplicar la norma.

Díaz (2016) señala que “en cualquier sistema donde exista una garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional, puede afirmarse que todo juez es juez constitucional. Con independencia del modelo de justicia constitucional, más o menos concentrado, todo juez ha de participar en la función de interpretar y aplicar la Constitución en todo tipo de procesos”.

Respecto al perfil del juez constitucional, “se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución” (Angulo, 2018). Es por lo anterior que podemos conceptuar la figura del juez constitucional como la persona investida de autoridad para interpretar y aplicar el derecho, previendo en todo momento el respeto a la carta magna. Es una definición breve, pero no por ello deja de mencionar su carácter esencial, esto es, el que versa sobre la protección de la Constitución relativo a la norma suprema.

El surgimiento del juez constitucional

Es interesante saber cómo es que la necesidad de un control y protección de las constituciones fue conformando la figura del juez constitucional en México. En este sentido, Ansolabehere (2005) señala que “los jueces son garantía de moderación y prudencia frente a los excesos de la política”, razón por la cual queda claro el control que realizan. Por otra parte, el doctor Eduardo Ferrer MacGregor (cit. en Zagrebelsky, 2012) resalta la “noble y trascendental función que desempeñan como fieles guardianes de las constituciones democráticas de nuestro tiempo”, labor que es de suma importancia en un sistema jurídico. Así, podemos decir que el surgimiento del juez constitucional tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de las normas, salvaguardándolas de toda injerencia desmedida de tipo político que pretendan violentarlas.

La función del juez constitucional dentro del ordenamiento es jurídica: consiste en marcar límites a la actividad del legislador de conformidad con los límites señalados en la Constitución, pero sin sustituir, de ninguna manera, su importante función de dirigir el proceso político; su esencia es ser un órgano de control y no de valoraciones (Zagrebelsky, 2012). Ansolabehere los presenta como el control de lo político, y Eduardo Ferrer Mc Gregor los refiere como custodios de la Constitución. Sin duda alguna, la “eficiencia, capacidad, y probidad en la impartición de justicia” de los jueces constitucionales debe estar separado de sus tendencias partidarias o ideológicas; de esta manera, aseguran su imparcialidad como distribuidores de justicia.

De este modo, podemos notar, en el contexto de los Estados democráticos, que el juez surge a propósito de velar por el respeto de las constituciones y, bajo ciertas características, “valorar la obra del legislador, consiste en comprobar si la ponderación es acorde con los principios constitucionales en juego, de tal manera que el sacrificio que cada uno de ellos pueda sufrir no resulte, en las circunstancias del caso, desproporcionado” (Díaz, 2016). Por lo que el rol del juez se infiere al control de las constituciones y a la necesidad de vigilar por su justo cumplimiento.

La evolución de la figura del juez constitucional en México

Una vez que hemos visto la relación del juez respecto a la Constitución, queda claro que cualquier operador jurídico que se vea inmiscuido en asuntos donde la garantía de supremacía constitucional esté en juego, estaremos presentes ante la figura del juez constitucional.

Es importante señalar que el surgimiento del juez ha tenido un desarrollo respecto a sus actividades y funciones en seguimiento de las constituciones democráticas. Ahora bien, antes de hacer un recorrido sobre la evolución de esta figura es recomendable saber qué entendemos por constituciones democráticas, pues son el objeto de defensa de la labor del juez constitucional. Al respecto, el gran jurista Carpizo (1981) indica que “una constitución democrática es aquella

que *realmente* I) asegura ampliamente al individuo sus garantías individuales, II) le garantiza un mínimo digno de seguridad económica, III) no centra el poder en una persona o grupo; es decir, que las funciones ejercidas realmente por diverso órganos y el sistema de partidos acepta el principio de pluralismo ideológico”.

Como podemos entender, para lograr los objetivos constitucionales señalados por Carpizo, es necesaria la función adecuada del juez constitucional. Por ello, podemos decir que la evolución de la figura del juez depende del contexto político, social y económico.

desde la independencia de México hasta la actualidad se han decretado, abrogado, promulgado, desconocido y reconocido diversas Constituciones. Todas han sido más que una ley suprema que corona la jerarquía normativa textos que han consagrado y organizado de la mejor manera posible los elementos del constitucionalismo moderno: Separación de poderes, gobierno representativo, soberanía popular, derechos del hombre, gobierno limitado, independencia e imparcialidad del Poder Judicial (García, 2018).

Por lo anterior, la actuación del juez está condicionada a distintos modos y formas respecto al contexto de conformación de constitución en turno, en este sentido, “en el Acta Constitutiva de la Federación y en la Constitución Federal de 1824, las 7 Leyes Centralistas de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, la Constitución Liberal de 1857 y finalmente en nuestra Constitución de 1917 que permanece vigente, vemos plasmadas distintas formas de entender y organizar el poder, y proteger los derechos del hombre” (García, 2018). O como expone Gonzalo Santiago Campos: “Son diversos los momentos que han marcado la historia constitucional de México. En cada uno de ellos existe por lo menos un texto constitucional que establece el marco de actuación de los poderes públicos” (cit. en García, 2018).

Como se puede advertir, los jueces constitucionales comparten con los jueces de instancia diversos rasgos, pues la labor de juzgar implica la conformación de un perfil común, que se debe especializar en atención a las materias que conocen los juzgadores. Hay que des-

tacar que el perfil del juzgador constitucional se debe forjar momento a momento, pues las relaciones sociales y, por ende, el derecho evolucionan, y los jueces deben estar atentos a las nuevas circunstancias, lo que implica que deban dedicarse al estudio constante (Angulo, 2018).

De manera reciente podemos decir que la actuación del juez constitucional en México ha implicado tres aspectos:

- La protección de los derechos humanos y de la Constitución.
- La consolidación del Estado democrático.
- Impedir actos autoritarios que impliquen de alguna manera el desconocimiento del sistema democrático establecido en México (Arrollo, 2016).

Etapas que han definido la figura del juez constitucional

1. La Constitución de Apatzingán o el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana contiene un capítulo de garantías individuales y de derechos del hombre que proponían ser reconocidos y garantizados contra la arbitrariedad del poder público. Es el primer documento constitucionalmente mexicano en el que se reclama una serie de principios consagrados en la carta magna, a propósito de la protección de los individuos contra la arbitrariedad política, y aunque nunca entró en vigor, no se puede pasar por alto que se venía gestando un tratamiento superior de principios normativos jerárquicos.
2. El 31 de enero de 1824 se publicó el Acta Constitutiva de la Federación, que proporcionó las bases para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entre muchos puntos que se discutieron sobresalen los “requisitos para ser representante en el Senado de la República Federal; y en la Cámara de Diputados Federal; después, las competencias del Congreso Federal; las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Federación; los requisitos para integrar la Suprema Corte de Justicia de la Nación el derecho de las personas o individuos para la tutela o que se les administre justicia” (Covarrubias, 2018).

Ahora bien, “se continuó debatiendo el poder Judicial de la Federación, el *Habeas Corpus* o las diversas garantías de seguridad Jurídica de las personas o individuos dentro de los procesos judiciales; en especial, la obligación de la Nación de proteger los derechos del hombre y del ciudadano y su libertad de expresión, ligada a la libertad de imprenta” (Covarrubias, 2018). Este era el marco jurídico en el que el juez constitucional actuaba.

3. Las siete leyes centralistas de 1836:

La filosofía de este sistema se basa en que el pueblo es el único creador de la ley como titular de la soberanía; por tanto, los jueces solo deben aplicarla [...] con el Supremo poder Conservador establecido en la Constitución Centralista Mexicana de 1826 [...] tenía entre otras facultades

- I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios al artículo expreso en la Constitución, y exijan dicha declaración, o el Supremo Poder Ejecutivo, o de la Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo, en representación que firme dieciocho por lo menos.
- II. Declarar, excitado por el poder legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder Ejecutivo, haciendo esta declaración dentro de los cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas.
- III. Declarar, en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades (UNAM, s.f. a).

4. Las bases orgánicas de 1843:

el Poder Judicial quedó depositado en la Suprema Corte de Justicia, en los tribunales superiores y en jueces inferiores de los departamentos, quedando sujeta la justicia en los departamentos al agotamiento de todas las instancias dentro de su territorio y en los departamentos donde no pudieran establecerse tribunales superiores.

La integración de la Suprema Corte de Justicia también se conservó de la manera dispuesta en las Leyes Constitucionales; esto es, once ministros y un fiscal; pero los requisitos para ser ministro sufrieron

reformas en dos de los cuatro supuestos, eliminándose la calidad de mexicano por nacimiento. [...]

Las Bases Orgánicas dispusieron, en su artículo 116, que una ley determinaría el número de suplentes de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, así como sus calidades, la forma de su elección y su duración, sin embargo, esta legislación no fue expedida, razón por la cual los diversos aspectos relacionados con la Suprema Corte debieron regularse de acuerdo con lo señalado en la Ley sobre Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1837.

Los ministros debían elegir de entre sus miembros a uno que fungiría como presidente de la Suprema Corte, quien también presidiría la Sala a que perteneciera; en las otras Salas la presidencia la ocuparían los ministros con mayor antigüedad.

Además de los ministros, la Suprema Corte se integraba por los magistrados suplentes (quienes reemplazaban temporalmente a los ministros), el fiscal, y en cada Sala un agente fiscal, un secretario letrado, un ministro ejecutor, un escribano de diligencias, un tasador de costas, un portero y un mozo de estrados (Campos, 2015).

5. Acta constitutiva y de reformas de 1847:

en el Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847, que se basó esencialmente en el voto particular del insigne Mariano Otero el 5 de abril anterior, en el cual señaló que el Poder Judicial había imperfectamente organizado en la Constitución Federal de 1824, por lo que, además de proponer la creación del juicio de amparo como instrumento protector de los derechos o “garantías individuales”, que se consagró en el artículo 25 de la citada Acta de Reformas, que es ampliamente conocido por lo que no me referiré a esta institución, que se encomendó a los tribunales de la federación, y por ello en la parte final del artículo 13 del Voto Particular, que fue aprobado como el artículo 19 del Acta Constitutiva, se dispuso que: “La ley establecerá y organizará también los juzgados de primera y segunda instancia que han de conocer de los negocios reservados al Poder Judicial de la Federación”. [...] que de manera evidente se refería a los juzgados de circuito y tribunales de

distrito restablecidos, por el decreto de 2 de septiembre de 1846, mencionado en el párrafo anterior, y por supuesto, con la nueva atribución del conocimiento del juicio de amparo (Fix, 2005).

6. La Constitución liberal de 1857, con reformas, permitió después de casi cincuenta años de inestabilidad política, el funcionamiento del Estado entre 1867 y 1913, año del levantamiento de Carranza contra el gobierno de Victoriano Huerta. Aunque careció del carácter social que distingue a la de 1917, incluyó los entonces llamados “derechos del hombre” en el capítulo primero, título primero. Como señala González (2016), “la Suprema Corte de Justicia tenía a su cargo el control constitucional, la labor del juez consistía en cumplimentar la letra del legislador y en subsumir el caso en concreto dentro el supuesto normativo; esto es, el paradigma predominante en la labor jurisdiccional continuaba siendo el Estado de derecho legal”. Además, “es en la Constitución de 1857 donde se consolida el amparo en nuestro orden constitucional. [...] El juicio de amparo se consolidó en los artículos 103 y 107 de la ‘Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857’, como se le llamó en su publicación en el Diario Oficial del 5 de febrero de 1917” (Fernández y Behar, 2011).

[...] La recepción de las premisas de la organización judicial estadounidense y la instauración, a mediados del siglo XIX, del juicio de amparo, configuró un sistema de justicia constitucional de características propias y específicas. La aplicación judicial de la Constitución no se reconoció a todos los jueces, sino únicamente a los federales; tampoco se permitió dentro de cualquier tipo de proceso, sino al interior de un único, exclusivo, y particular proceso –el amparo–, y se confirieron facultades al juez para declarar la irregularidad constitucional de un acto de autoridad, o la aplicación de una norma contraria a la constitución a la constitución dentro de un caso concreto. En las circunstancias apuntadas, el sistema de justicia constitucional adquirió un matiz predominantemente difuso, que hizo de los jueces de amparo, en la instancia inicial y en la revisora, jueces constitucionales (Astudillo, 2012).

7. Constitución de 1917:

En la constitución mexicana de 1917 se establecieron, al igual que en la Constitución de 1857, dos medios para la defensa de la constitución y para la protección de derechos humanos, que fueron, el juicio de amparo y la controversia constitucional. Por lo que como todo juez, los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de los tribunales y los jueces de distrito deben ser independientes e imparciales, teniendo en cuenta que el poder Judicial de la federación es, asimismo, independiente de los otros dos poderes, aun cuando hay un hecho que, en un momento dado, pudiera ser un obstáculo para la independencia de la Suprema corte, de los tribunales o los jueces (Ferrer y Molina, 2009).

Las reformas a la Constitución que han configurado la figura del juez constitucional

La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 constituyó un verdadero punto de inflexión para la justicia constitucional mexicana. Estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sería la última interprete, y, por consiguiente, la garante definitiva de la Constitución mexicana, introdujo la acción de inconstitucionalidad como medio para constatar la regularidad constitucional de las leyes, fortaleció a las existentes controversias constitucionales, redefinió la composición de la SCJN y reformó algunos de los requisitos para ser ministro, entre otras cosas (Astudillo, 2012). Con lo anterior se logró

convertir a la SCJN en el órgano de cierre del sistema constitucional mexicano con una competencia exclusiva y excluyente en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales condujo al establecimiento de un control de tipo concentrado operado por el órgano jerárquicamente superior dentro de la organización judicial federal, este cambio motivó que de manera natural se confiriera la condición de juez constitucional a cada uno de los once ministros que conforman el pleno (Astudillo, 2012).

Funciones actuales del juez en la protección de la Constitución y los derechos humanos

- Juicio de amparo. “Dirigido a la protección íntegra de la Constitución y de los derechos humanos” (Ferrer y Molina, 2009).

El amparo protege tanto los derechos humanos incluyendo los que en otros países protegen el habeas corpus y el habeas data, con el texto constitucional prácticamente íntegro, de manera tal que toda autoridad debe actuar de acuerdo con lo que al respecto dispone la Constitución, incluyendo en la expresión “toda autoridad”, a los órganos legislativos, cuyas leyes deben ajustarse a los parámetros constitucionales (Arroyo, 2016).

- Controversia constitucional. “Se resuelven los conflictos que se susciten entre poderes o entidades públicas: presidente de la República, Congreso de la Unión, gobernadores, etcétera. También se puede plantear la constitucionalidad de las leyes y ordenamientos generales” (Arroyo, 2016).
- Acción de inconstitucionalidad. “Acción abstracta, tiene por objeto que se determine por la suprema Corte de Justicia si existe una contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución” (Arroyo, 2016).

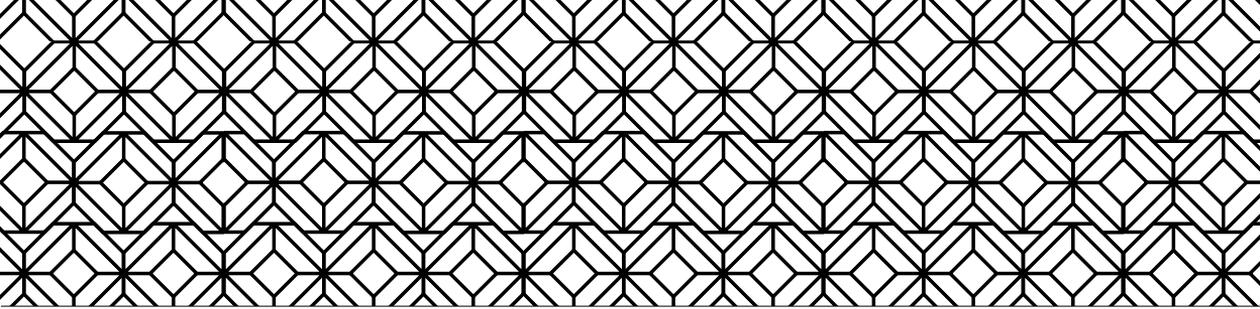
En cuanto a la trascendencia de la actuación del juez constitucional respecto de las leyes, he dicho siempre que las sentencias sobre la inconstitucionalidad de una ley, cualquiera que sea la vía que se escoja para impugnarla: amparo, controversia o acción, son una puerta, que se abre o que se cierra. Si la Suprema Corte de Justicia considera que la ley dictada por el congreso o por las legislaturas es conforme a las normas constitucionales, la puerta se abre, lo que significa que la autoridad, de acuerdo con sus facultades, puede hacer cumplir la ley por parte de otras autoridades y de los particulares; si, por el contrario, la Suprema Corte niega el amparo pueden suceder dos cosas: que estime que el congreso o las legislaturas no tienen facultades para expedir esa ley lo que significa el

cierre total de esa puerta, o que considere el texto de la ley, en algún aspecto, viola algún derecho de los consagrados en la constitución; quedando en libertad la legislatura para corregir lo incorrecto, o sea parar ajustar la ley a la Constitución y quedando en libertad las autoridades administrativas para hacer cumplir la ley en aquello que se consideró constitucional. [...] Esto demuestra que en el Estado mexicano el juez constitucional tiene una importancia inmensa, cuando se trata de que se observe el texto constitucional sobre cualquier ley, obligándose a toda autoridad a que cumpla con lo que la Suprema Corte sancionó. [...] Se puede decir con verdad, que a través de los procedimientos constitucionales que establece la constitución mexicana se pretende que el juez federal pueda hacer que en el país se viva de acuerdo con la ley y que toda trasgresión pueda ser sancionada (Arroyo, 2016).

Bibliografía

- ANGULO, L. F. (2018) . *Perfil del juez constitucional en México. Enciclopedia Jurídica Online*. Recuperado de http://mexico.leyderecho.org/perfil-del-juez-constitucional/#Otros_Aspectos
- ANSOLABEHERE, K.(2018). Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía*. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100003
- ARROYO, J. (2016). *Acción del juez constitucional en México*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2725/14.pdf>
- ASTUDILLO, C. (2012). *El estatuto de los jueces constitucionales en México*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/55.pdf>
- CAMPOS, G. (2015). El Poder Judicial en las bases orgánicas de la república mexicana. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, xxxii. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/view/10575/12738>
- CARPIZO, J. (1981). *La democracia y la clasificación de las constituciones*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/805/24.pdf>

- COVARRUBIAS, J. J. (2018). Acta Constitutiva de la Federación 1824. *Revista Milenio*. Recuperado de http://www.milenio.com/firmas/la_benemerita_opina/Acta-constitutiva-federacion_18_661313926.html
- DÍAZ, F. (2016). Interpretación de la Constitución y el juez constitucional. *IUS*, 10(37). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100009
- FERNÁNDEZ, V. S. y Behar, N. (2011). El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México. *IUS*, 5(27). Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100009
- FERRER, E. y Molina, C. J. (2009). *El juez constitucional en el siglo XXI*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/55.pdf>
- FIX, H. (2005). *El poder Judicial en la Constitución Federal de 1824*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1671/17.pdf>
- GARCÍA, M. A. (2018). *Los derechos humanos en la Constitución de Apatzingán*. *Revistas UNAM*. Recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/viewFile/59987/52922>
- GONZÁLEZ, M. (2016). *Las Constituciones políticas de 1857 y 1917. Un análisis comparativo*. México: Estudios Jurídicos del CIDE.
- UNAM (s.f.). *El Control Constitucional*. México: Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3084/4.pdf>
- ZAGREBELSKY, G. (2012). Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 117. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/rt/printerFriendly/3901/4911>



El papel del juzgador en la gobernanza

LUIS ENRIQUE VILLANUEVA GÓMEZ

En el presente capítulo quiero introducir y compartir con lectores, coautores y expertos en torno al proyecto y realidades de la función jurisdiccional en el sistema jurídico, político, económico y social que emanan de nuestro código supremo y demás ordenamientos jurídicos aplicables, una categoría que día con día está adquiriendo un nivel paradigmático entre el conjunto de las instituciones judiciales, administrativas y procesales vigentes en México, y particularmente en Jalisco: la gobernanza judicial.

El juzgador y la gobernanza judicial. Un acercamiento conceptual

En este primer apartado presento un acercamiento conceptual y metodológico de lo que entenderemos por gobernanza, categoría que hace más de cuatro décadas surgió en el sector privado y en diversas formas ha sido incorporada a la función pública, destacadamente en el Poder Ejecutivo y los sectores que conforman la administración pública en sus diversos órdenes de Gobierno, con gran diversidad de resultados y un común denominador: el reordenamiento y sistematización de los procesos de gestión con altos estándares de calidad, eficiencia, legitimidad y transparencia.

Aguilar (2019), experto en políticas públicas, conceptualiza a la gobernanza como una actividad directiva intencional y estructurada, que se orienta al cumplimiento de objetivos sociales definidos y que cuenta con la participación de los sectores público, privado y social. Para efecto de nuestro análisis y reflexiones, el estudio del concepto ya mencionado se focalizará en un ámbito específico del poder público: la función jurisdiccional; y es en tal sentido que se está construyendo un modelo de gobernanza judicial. En este primer acercamiento revisaremos brevemente los principios rectores y el funcionamiento estructurado del amplio complejo de políticas, instituciones, prácticas e intenciones que articulan este modelo directivo.

La gobernanza presupone la armonización de un conjunto de procesos centrada en actividades directivas intencionales y organizadas para lograr el cabal cumplimiento de políticas públicas, objetivos y metas institucionales previamente definidas en los instrumentos de la planeación institucional, asegurando en todo este proceso la participación activa, comprometida y responsable de los diversos sectores sociales para su consolidación y mejora.

Justamente, estas estrategias de participación deben de ser sistemáticas, solidarias y proactivas de los distintos actores de la entidad que inciden o intervienen en los procesos de administración e impartición de justicia, fundamentalmente en sus etapas de planeación, organización, gestión y evaluación de logros, constituyen el diferenciador que permite asegurar la legitimidad, transparencia y eficacia de las funciones inherentes a la misión y quehacer propios del Poder Judicial del Estado de Jalisco.

En consecuencia, con la puesta en marcha de la gobernanza y sus principios rectores –coordinación institucional, colaboración social, confianza ciudadana y combate a la corrupción–, los operadores del sistema judicial se encuentran sistemáticamente acompañados, orientados y calificados por sectores sociales representativos del componente ciudadano, cuya presencia e interacción impulsará y diversificará la toma de decisiones sustentadas racionalmente en objetivos y metas de gestión estratégica.

Constitucionalmente, el punto de partida del modelo tiene como fundamento la garantía de seguridad jurídica, plasmada en el segundo párrafo del artículo décimo séptimo de nuestro código máximo,

cuyo texto establece que: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

En un primer análisis, hemos logrado identificar ocho componentes básicos del paradigma de gobernanza judicial, los que a continuación enuncio, correlacionándolos con su fundamento constitucional, naturaleza y alcances.

1. La declaración de los derechos humanos, plasmada en el título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).
2. La participación social, expresión básica de los derechos fundamentales que los art. 9, 35 y 41 constitucionales consagran.
3. La planeación estratégica, la definición de objetivos y metas socialmente responsables y pertinentes, regulada por el apartado A del art. 26 y demás aplicables de nuestra carta magna.
4. La perspectiva de género, que a la fecha se encuentra reconocida y tutelada por dispositivos constitucionales, tales como los arts. 4, 35, 41, 116, 122 y demás relativos.
5. La incorporación y diversificación del uso de las tecnologías de información y comunicación, principios adicionados al texto del art. 7, 28 y otros vinculados a la regulación de las tic en el quehacer cotidiano de la autoridad (Nava, 2007).
6. Los ejercicios de monitoreo y evaluación continua, la transparencia y la rendición de cuentas, estipulados en los arts. 6, 41, 113 y 127.
7. La prospectiva, que, como lo veremos, es el resultante de una planeación de corto y mediano plazos, sustentada en diagnósticos rigurosos de las carencias, las brechas y rezagos, los recursos y potencialidades de cada región. Como un ejercicio integrador para todo nuevo proceso de planeación, destaca la rendición de cuentas por parte de cualquier sujeto obligado, ponderando, en un modelo colaborativo, que resulta obligado en todo diseño de gestión pública sustentados en el prototipo de la gobernanza, los efectos cualitativos, los objetivos y metas cumplidos de un ciclo de planeación operativa, expresada en indicadores precisos y verificables. Como elemento retroalimentador, sobresale la eva-

luación de logros como punto de partida para replantear el ciclo de planeación, programación y presupuestación orientado en función de los escenarios que resulten pertinentes y prioritarios para el desempeño institucional del juzgador.

8. La participación social en el marco de las nuevas y muy diversas modalidades de participación ciudadana que son, como ya lo expuse, correlativos de la obligación y responsabilidad que constitucionalmente deben cumplir los titulares de la función jurisdiccional, en los ámbitos de sus respectivas competencias, atendiendo a las bases y fundamentos normativos que establece el art. 124 (Carpizo, 1998).

En el ejercicio de la función jurisdiccional, las autoridades competentes deberán apearse cabalmente a los principios constitucionales de legalidad, del debido proceso, legitimidad, eficacia, certeza y honestidad, en las diferentes materias y ámbitos que conforman el procedimiento judicial mexicano (Haberle, 2001). En contraste, la visión tradicional de los principios y valores que han orientado la administración e impartición de justicia se apoya en un modelo que replica dinámicas históricas preestablecidas, y se deja en el juzgador la carga absoluta para determinar criterios en la emisión de sentencias sin dotarlo de los instrumentos necesarios que contribuyan a sustentar, fundamentar y motivar la toma de decisiones. En consecuencia, son escenarios que dificultan e incluso cancelan derechos del justiciable y responsabilidades de la autoridad obligada para que sus sentencias sean registradas, sistematizadas y puestas a disposición pública en plataformas digitales pertinentes y eficientes.

Principales retos de la función jurisdiccional mexicana en la actualidad

En este segundo apartado articularé precisamente un diagnóstico general de los componentes, debilidades, carencias, prácticas y amenazas que en la actualidad enfrenta el juzgador en el ejercicio de los diversos ámbitos que formal y materialmente constituyen la

función jurisdiccional, de conformidad con el marco normativo, los instrumentos de la planeación institucional, pero sobre todo, de la problemática multifactorial que se ha venido acumulando durante los últimos treinta años en un sistema hoy calificado como inseguro, corrupto y con altos índices de impunidad.

Un componente transversal, estratégico y permanente en la gestión de la función pública ante los principales retos que constituyen la problemática socioeconómica, política y cultural de la entidad actuales, está contenido en el cuerpo normativo que regula a gobernados y autoridades que comprende los dispositivos constitucionales, tratados internacionales, leyes y decretos expedidos por las legislaturas, normas expedidas por autoridad administrativa y resoluciones emitidas por la autoridad judicial; de tal forma que no existan en el sistema jurídico vacíos normativos, ni contradicciones entre las disposiciones antes señaladas (SCJN, 2009). A ese proceso se le conoce como armonización normativa, cuyas autoridades competentes se definen en función del tipo de conflicto y con base en los criterios establecidos consagrados por los arts. 1, 124, 133, 105, 103, 70, 92, 104 y 115 fracción I, así como el octavo párrafo del art. 94, de la Constitución General y demás normas jurídicas aplicables.

Para avanzar en la construcción del modelo de gobernanza judicial, juzgadores, ciudadanos y justiciables deberán participar en los procesos de consulta presenciales y en línea que al efecto se ha habilitado el sitio www.gobernanzajudicial-jalisco.mx, el cual me permite poner a disposición de quien tenga interés de participar en los debates relativos a la modernización y puesta a punto de la función jurisdiccional y las atribuciones de sus operadores.

En tal sentido, el marco constitucional que regula los procesos de planeación, programación y evaluación institucional se ubica en el art. 26, apartado A de la CPEUM (Valadés, 2016: 27), el art. 35, fracción I de la Constitución Política del Estado por lo que toca al Congreso del Estado, y el art. 50, fracción X en lo que respecta al gobernador del Estado. Las leyes secundarias que en cada caso regulan la competencia, formalidades y términos para organizar los Sistemas Nacional y Estatal de Planeación Democrática son la Ley de Planeación y la Ley de Planeación Participativa para el Estado de Jalisco y sus municipios.

En la agenda del sistema de gobernanza que se está construyendo, enunciaré siete problemas estratégicos, que a continuación identificamos bajo la categoría de retos, y el impacto que actualmente tienen en los procesos de administración e impartición de justicia.

1. Desarticulación entre las políticas y procesos de planeación, programación, presupuestación, financiamiento, evaluación de impacto, transparencia y rendición de cuentas. Es de importancia el señalar que se instaló un Comité de Planeación Institucional del Poder Judicial, y que en la sesión celebrada el 23 de febrero de 2015, donde los presidentes del Supremo Tribunal, del Tribunal de Justicia Administrativa, un magistrado electo por el Pleno del Supremo Tribunal y un consejero de la judicatura junto con el director del Instituto de Justicia Alternativa como invitado, acordaron que los temas de la planeación deberían centrarse en tres ejes primordiales: la hacienda judicial, el presupuesto constitucional y la Ley de Austeridad. Sin embargo, las reuniones de trabajo posteriores fueron impulsadas por la Secretaría de Planeación y Participación Ciudadana para establecer una coordinación entre el funcionariado ejecutivo y judicial para presentar el Plan Institucional del Poder Judicial. De acuerdo con la Ley de Planeación Participativa del Estado de Jalisco en los arts. 18, 32, 59, 72, 80, 81, 83, 88 y 89 se establece que el Plan de Gobernanza y Desarrollo emitido por el Poder Judicial del Estado deberá sujetarse a las bases del reglamento correspondiente a la Ley de Planeación, sin embargo, el Plan General del Poder Judicial fue publicado sin que existiera el ordenamiento normativo correspondiente y limitándose a establecer lineamientos básicos, sin fijar objetivos, metas, ni indicadores de impacto medibles.
2. Inexistencia de procesos institucionales de difusión, vinculación y colaboración en la estructura, entre autoridades de la federación y de las entidades federativas, legislativo, ejecutivo y organismos constitucionalmente autónomos de Jalisco, así como los municipios de la entidad. Actualmente, en el catálogo de colaboración, vinculación y extensión del Poder Judicial del Estado de Jalisco, específicamente en el Supremo Tribunal, es precaria, debido a que sólo se cuenta con tres convenios de colaboración institucional

con otras dependencias de Gobierno del Estado, tales como la Fiscalía, el DIF Jalisco, la Secretaría de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres y la Comisión Transitoria de Igualdad de Género y Derechos Humanos del Poder Judicial, dejando fuera a varias secretarías de Estado, a los Poderes Judiciales de otras entidades federativas o del Poder Judicial de la federación. La inexistencia de una red de colaboración y coordinación de los procesos administrativos y jurisdiccionales ha provocado en Jalisco que la mayor parte de la función jurisdiccional se caracterice por procesos cada vez más lentos, obsoletos y opacos para los justiciables.

3. Inexistencia del servicio profesional de carrera integral y transparente. Programas de formación y capacitación desarticulados y con escaso impacto. Los esfuerzos por establecer y consolidar en Jalisco un sistema de ingreso, promoción y permanencia para los servidores públicos del Poder Judicial no se han concretado en un modelo de servicio profesional judicial objetivo, imparcial y transparente, organizado sistemáticamente a partir de convocatorias públicas e instrumentos de evaluación rigurosos, diversificados y regidos por el principio de máxima publicidad. El Consejo de la Judicatura cuenta con una Comisión de Carrera Judicial, cuya finalidad es el ingreso y promoción del funcionario judicial, evitando que los puestos vacantes sean parte de cuotas, favores o prácticas de nepotismo y compadrazgos. La finalidad del servicio de carrera es que los perfiles que ocupan las vacantes sean profesionales que cuenten con una actualización y capacitación constante, teniendo en cuenta que se observa un atraso y, en algunos casos, un impedimento para el juzgador, debido a que los tribunales de la federación y los órganos legislativos actualizan y armonizan los ordenamientos jurídicos, debiendo en consecuencia establecerse nuevos criterios por parte del juzgador.
4. Infraestructura insuficiente, deteriorada y costosa; equipamiento, mobiliario y aplicativos informáticos precarios, limitados, onerosos y obsoletos; escaso uso de las tecnologías de la información, de la comunicación y programas de inteligencia artificial en procesos administrativos y jurisdiccionales que son competencia

del Poder Judicial del Estado. Los servicios de administración e impartición de justicia, la conciliación, la mediación y demás funciones vinculadas, han requerido históricamente espacios dignos y adecuados para el ejercicio de las atribuciones. Jalisco presenta un notable rezago tanto en la agenda de construcción como del equipamiento, que en las circunstancias actuales demandan la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación, reconocidas por el párrafo tercero del art. 6 de la CPEUM, la renovación del equipo informático y computacional, así como el desarrollo de prototipos basados en la inteligencia artificial. Uno de los problemas más opacos y críticos que presenta el Poder Judicial es la Ciudad Judicial establecida en la ciudad de Zapopan, toda vez que se asegura que la misma se está hundiendo por el peso que presenta, sin embargo, los informes emitidos por Protección Civil no han sido publicados y no pueden ser localizados vía internet; así como el arrendamiento de bienes inmuebles para las cabeceras de los demás partidos judiciales no han sido planificadas del modo correcto, ya que ese dinero podría verse invertido en la adquisición de nuevos equipos tecnológicos planteando convenios de colaboración con autoridades de los diversos órganos de Gobierno para el comodato de bienes inmuebles. Uno de los problemas estructurales es la insuficiencia presupuestal tanto para la construcción como el arrendamiento de inmuebles, lo que obliga a buscar opciones que no sean onerosas para establecer la sede de los partidos y distritos judiciales. En consecuencia, resulta de primera importancia fijar y en su caso actualizar políticas públicas en materia de patrimonio inmobiliario para contribuir al ejercicio eficaz del derecho humano a la administración de justicia, considerando los principios indicadores de distritación y territorialidad. Fuera del Área Metropolitana de Guadalajara, esta circunstancia enfrenta diversas agravantes, destacando una insuficiente planificación y aplicación del presupuesto anual, ya que actualmente no se cuenta con una base de datos completa, actualizada y accesible tanto a gobernados como juzgadores sobre los recursos asignados al Poder Judicial, así como la aplicación de estos.

5. Calidad, accesibilidad y eficiencia de la impartición de justicia como derecho humano en Jalisco frente a los retos del siglo XXI. El Estado mexicano deberá ser garante de los derechos humanos de los gobernados, según lo establecido en el art. 1, párrafo tercero, de la CPEUM. Esto quiere decir que las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos, en el marco de los principios y valores de la nueva gobernanza (Estrada, 2014: 55). Uno de los objetivos estratégicos de la gobernanza judicial en esta nueva normalidad consistirá en lograr la protección integral de los derechos humanos fundamentales de los habitantes de Jalisco, articulando sus tres ejes rectores: la legitimidad, la eficacia y la participación ciudadana.
6. Desvinculación entre funciones que conforman el llamado bloque de justicia en materia penal. Con frecuencia, el juzgador deberá establecer relaciones con autoridades competentes que en una u otra forma intervienen en el desarrollo de procesos jurisdiccionales y no constituyen formalmente parte integrante del Poder Judicial, siendo frecuentemente dependencias o entidades adscritas al Poder Ejecutivo. En el Plan Estatal de Desarrollo del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, se incluye un bloque en el eje de política social al cual las autoridades responsables de la planeación institucional han denominado Bloque de Justicia. Este modelo de gestión pública integra y articula transversalmente funciones que corresponden a cuatro autoridades competentes, de las cuales solamente el segundo se encuentra constitucionalmente ubicado en el Poder Judicial del Estado. Estos cuatro operadores ejercen respectivamente las funciones relativas a la procuración de justicia, la administración e impartición, la reinserción social y la reparación integral del daño a víctimas. Como se puede advertir, en este modelo de vinculación intervienen la Fiscalía General del Estado, los jueces de primera instancia en materia penal y las Salas del Tribunal Superior de Justicia competentes para conocer y resolver apelaciones en esta materia; los responsables de administrar los establecimientos penitenciarios y las direcciones o dependencias que, en términos del art. 20, apartado C, son responsables de la atención a víctimas de delitos o de violaciones a derechos humanos.

7. Percepción social generalizada de prácticas de corrupción e impunidad entre los operadores del sistema judicial. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública del inegi, en el año 2019 evidenció que 74.5% de los jaliscienses considera que los juzgadores son corruptos. Es por esto por lo que en el mes de septiembre de 2019 el Congreso del Estado aprobó el decreto por el cual se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco, en la que se incluye la vigilancia a los magistrados, así como la eliminación del haber de retiro. Como consecuencia de las prácticas y la cultura de la corrupción en nuestro país, y con el objeto de asegurar la vigencia del Estado de derecho, durante los últimos tres años se han creado estructuras administrativas tanto a nivel constitucional como legislativo para prevenir, combatir y revertir aquellas conductas que sean tipificadas como constitutivas de corrupción o impunidad. En la Constitución General se prevé el sistema anticorrupción en su art. 113, y las correspondiente al Estado de Jalisco en el art. 107-Ter para regular la estructura, organización y funcionamiento de la Fiscalía Especial de Jalisco para el Combate a la Corrupción.

Perfil deseable del nuevo juzgador: tomador de decisiones y generador de información

En este apartado me permito proponer a la consideración y reflexión colectivas los elementos básicos e imprescindibles que configuran el nuevo perfil del juzgador, de acuerdo con los principios y valores inherentes al modelo judicial en la nueva gobernanza y los paradigmas que lo articulan.

- El modelo de la nueva gobernanza, en opinión de los expertos, deberá asegurar en el juzgador una serie de principios y valores que constituyen los componentes axiológicos y sociojurídicos, que la autoridad judicial deberá acreditar a través de los exámenes idóneos (Dworkin, 2014: 55): los conocimientos teóricos, prácticos, sus saberes, destrezas y habilidades necesarias, su ex-

perencia, valores, actitudes, aptitudes y la tipología de los logros y resultados esperados en la evaluación de su gestión mismos que estarán regulados a detalle en la normatividad aplicable y en las respectivas convocatorias. Los componentes básicos del modelo de gobernanza judicial son los derechos humanos, la participación social, la planeación estratégica, la definición de objetivos y metas socialmente responsables y pertinentes, la perspectiva de género, la incorporación y diversificación del uso de las tecnologías de información y comunicación, los ejercicios de monitoreo y evaluación continua, la transparencia y la rendición de cuentas y la prospectiva.

- Redefinir los objetivos y fines de la función jurisdiccional en el sistema federal y en las entidades federativas; sobre todo por la cantidad de importancia de las competencias que correspondieron a los estados y ahora se han reservado a la federación, configurando un régimen federal precario e inequitativo (Dworkin, 2008).
- En consecuencia de lo anterior, la función jurisdiccional entendida como un sistema de controles sobre la legalidad de las normas y los actos expedidos por las demás autoridades en sus ámbitos competenciales, obligan a la redistribución de competencias entre la federación y las entidades, particularmente en el ejercicio relativo a la solución y mediación de controversias en el fuero federal y el común (Cárdenas, 2016: 13).
- Valorar, en las condiciones actuales, el papel del juzgador ante los procesos de control de la constitucionalidad. Redefinir la pertinencia del control constitucional por parte de las entidades sobre actos y normas de las autoridades locales (Ferreya, 2007: 560).
- Promover e incentivar los procesos que permitan culminar con la sistematización, automatización y eficacia de las resoluciones judiciales en un archivo general digitalizado que comprenda las diversas épocas en que se ha organizado la jurisprudencia. Reorientar el papel, impacto y alcances que las tesis aisladas, las resoluciones jurisprudenciales de los Tribunales Colegiados, los Plenos de Circuito y la Suprema Corte deberá cumplir en el sistema normativo de la nueva gobernanza.

En el interés de aportar a la construcción colectiva del marco axiológico, deontológico y epistémico propios del modelo de gobernanza a judicial, se propone a continuación un breve análisis de componentes y perfiles de los ejes de justicia responsable y de justicia innovadora, que implica una reflexión crítica para evaluar ventajas e inconvenientes de componentes básicos para articular paulatinamente y en el orden institucional de prioridades, los constitutivos de los principales perfiles deseables en el diseño del nuevo sistema de la función jurisdiccional, entre otros.

- Como primera instancia, se plantea la relevancia del factor de la nacionalidad en el contexto de un mundo globalizado y una economía abierta; supuestos de extraterritorialidad en la función jurisdiccional; el nuevo papel de tribunales y cortes internacionales.
- Actualizar y armonizar los criterios institucionales que definan la formación académica y la experiencia profesional, expresada en metas y resultados verificables, como elemento de evaluación para la carrera judicial.
- Revisar y en su caso validar los rangos de edad para ser designados y para retirarse de la función jurisdiccional; el debate sobre los criterios para fijar el periodo de funciones, según cargo y nivel; actualizar el debate relativo a la pertinencia de la reelección de los juzgadores.
- Validar, en términos del art. 95 constitucional, el requisito relativo a la residencia previa a la fecha de la designación y su antigüedad acreditada en el ejercicio profesional del derecho.
- Incorporar la acreditación de competencias disciplinares y tecnológicas para la gestión, interpretación y administración de actos y procesos jurisdiccionales por medios virtuales, en los distintos ámbitos de competencia a partir de un primer bloque de programas piloto.
- Establecer la designación por oposición como único modelo de evaluación para ingreso y para promoción de servidores públicos judiciales en un nuevo modelo de carrera judicial (Cardozo, 2000: 126).
- Redefinir los alcances de la llamada autonomía constitucional del Poder Judicial, actualizando los sistemas la administración y comprobación de recursos asignados al juzgador; el fundamento y consecuencias del actual Sistema Anticorrupción y sus beneficios en el modelo de gobernanza.

- Desarrollar mediante programas instruccionales pertinentes la capacidad del juzgador para redactar, analizar e interpretar resoluciones en cualquier instancia, utilizando un lenguaje especializado pero accesible.
- Impulsar como una política pública prioritaria la implementación de estrategias para asegurar entre los juzgadores el desarrollo del pensamiento complejo como medio para la búsqueda y solución de soluciones a conflictos que sean de conocimiento por la vía de la conciliación, la mediación y demás medios alternativos.
- Incrementar el número y las competencias de los juzgadores en el dominio teórico- práctico y procedimental del control difuso, en forma tal que le permita a cualquier juzgador aplicarlo, en los términos del primero constitucional como un medio que contribuya a la protección más amplia de la dignidad y demás derechos humanos reconocidos por la cpeum y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
- Promover programas focalizados desde una perspectiva de vanguardia, el dominio por parte del juzgador de las competencias socioemocionales, como habilidades necesarias para fundar y motivar, si es el caso, resoluciones que impliquen el conflicto de derechos o de intereses subjetivos o personalísimos, con el objeto de que una resolución jurídica actualice las dimensiones y valores de la justicia, en sus diversas formas y expresiones.

La complejidad en la impartición de la justicia en México en el siglo XXI

En este apartado propongo emprender una amplia reflexión de carácter holístico, multitemático, transdisciplinar y sistémico, que nos permita identificar y caracterizar tanto desde la perspectiva sincrónica como diacrónica cuáles han sido o siguen siendo los factores de orden político, económico, social, jurídico, cultural y tecnológico que en principio han facilitado, dificultado e incluso cancelado los procesos para modernizar, automatizar e innovar las funciones constitutivas de la función jurisdiccional, sobre todo durante los últimos veinte

años; analizando sus causas, perfilando su impacto y los escenarios deseables de transformación y reingeniería que, en su concepción más amplia, la gobernanza judicial contempla o debe contemplar en una agenda de proyectos estratégicos y articulados con visión a 2040. Me permito destacar entre los principales y de mayor vigencia.

- Principios articuladores de la gobernanza judicial: coordinación confianza ciudadana, colaboración social y combate a la corrupción.
 1. Coordinación institucional: consiste en generar proyectos que permitan el cumplimiento de los objetivos y metas verificables.
 2. Confianza ciudadana: posibilita recuperar, gradualmente, la confianza hacia las instituciones de impartición de justicia por parte de la ciudadanía en general, de los justiciables y de los diferentes sectores sociales.
 3. Colaboración social: interactuar con los actores representativos de los principales sectores en Jalisco, como son las autoridades, empresarios y emprendedores, profesionistas, sector académico, ciudadanía, así como los grupos de alta marginalidad y gobernados en situación de vulnerabilidad, con el fin de concertar la implementación de mecanismos o herramientas de apoyo mutuo.
 4. Combate a la corrupción: intervenir en procesos que favorecen las prácticas de corrupción, impunidad e inseguridad con el objeto de prevenir, inhibir y eliminar este tipo de prácticas en el ámbito jurisdiccional.
- El derecho humano para acceder efectivamente a la administración de justicia.
- La función jurisdiccional como un contrapeso y un medio de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad.
- La necesaria implementación y fortalecimiento de la justicia digital, expedientes electrónicos y demás aplicativos de inteligencia artificial.
- La designación y movilidad del juzgador, opacidad de los procesos y evaluaciones de juzgadores, criminalidad y su impacto servicio judicial de carrera.
- La impartición de justicia ante la violencia de género, la inseguridad pública generalizada, las crisis económicas, la exacerbación de la pobreza extrema y las pandemias.

- El rezago judicial, factores, impacto, prevención y combate. Responsabilidad administrativa y política imputable al juzgador.
- Incumplimiento de la normatividad aplicable a la designación, adscripción y remoción de servidores públicos.
- Capacitación de los servidores con uniformidad de criterios en la delimitación y ejercicio de sus funciones.

Conclusiones

Establecido entonces este amplio panorama que se ha construido a partir de la realidad del sistema jurídico, político, económico y social en que vivimos, y ante los vertiginosos cambios y exigencias de la nueva normalidad, debemos plantear un nuevo paradigma de impartición de justicia para el Estado de Jalisco en el contexto actual de división e interdependencia de poderes. Como lo he iterado a lo largo del presente texto, es el momento de la gobernanza judicial en el Poder Judicial del Estado de Jalisco.

Se ha establecido también, en párrafos anteriores, una propuesta integral y congruente en la que se consolida el equilibrio entre la justicia innovadora y la justicia responsable como dos imperativos necesarios para el desarrollo de mejores prácticas, tanto de administración del aparato de justicia como jurisdiccionales y de impacto en la ciudadanía, así como se han planteado los grandes beneficios que la gobernanza judicial presupone para el funcionamiento de la administración y la impartición de justicia frente a los nuevos retos que enfrenta la función de los juzgadores en el contexto actual y próximo futuro.

Lo anterior realizando un análisis profundo y sistemático de la realidad actual que se vive al interior de los juzgados, tribunales, así como centros de impartición y administración de justicia, planteando sistemas de tomas de decisiones automatizados y aplicados al logro de las metas establecidas en los planes y programas de desempeño judicial; consciente de la necesaria coordinación institucional que se requiere para la implementación de un sistema de gran calado, que se encuentre basado en la colaboración social, la confianza ciudadana y que represente un verdadero modelo de combate a la corrupción desde el interior del poder público.

Finalmente, a través de este texto se ha podido compartir un modelo de gobernanza, acorde a las necesidades y exigencias de la ciudadanía en el contexto de un nuevo paradigma de impartición de justicia, con el que se han logrado delinear algunos aspectos que sin duda deberán ponerse a debate para definir cuáles serán los nuevos perfiles de los juzgadores en una nueva normalidad, y cómo la impartición de justicia se convierte en un quehacer más complejo y apasionante en el que el papel de los juzgadores, así como el uso de las tecnologías de la información resulta trascendental en la forma de adaptar la función jurisdiccional a la realidad actual y de un futuro cercano.

- Implicaciones político-jurídicas de la gobernanza en el actual sistema de división e interdependencia de poderes (ámbito nacional y local).
- Naturaleza, identidad y responsabilidades del juzgador en un Estado de derecho contemporáneo y consolidado (control constitucional y de la legalidad).
- La toma de decisiones por parte del juzgador, el sistema para reunir, automatizar y aplicar la información en el sistema de función jurisdiccional.
- Factores externos, expresiones y procesos que actualmente complejizan y distorsionan las funciones de procuración de justicia, administración de justicia, reinserción social y atención a víctimas.
- La prisión preventiva, el arraigo y otras medidas cautelares que contravienen el principio de presunción de inocencia, del debido proceso y de legalidad.
- La formación y capacitación judicial como ejes articuladores del servicio profesional de carrera. Perfiles de idoneidad y desempeño para concursos de ingreso, de promoción y permanencia de profesores, investigadores y técnicos académicos Perfiles e indicadores de desempeño para procesos de evaluación institucional.
- La reingeniería del perfil de juzgador y de sus estructuras de desempeño. Refundación, alcances y limitaciones que el proceso impacta a la función jurisdiccional en pleno siglo XXI.
- El reconocimiento de las metas y programas de desempeño judicial. Distinciones y homenajes a sus integrantes.

- La obligada y sistemática armonización normativa, sus instancias, responsables y procedimientos de integración.
- Los principios rectores de las políticas, planes, programas y presupuestos en el modelo de gobernanza judicial. Responsabilidades administrativas y Sistema Anticorrupción.

Bibliografía

- AGUILAR, F. (2019). *La gobernanza del sector público*. Guadalajara: Ediciones de la Noche.
- CÁRDENAS, J. (2016). *Incompatibilidades y factores reales de poder*. México: Editorial Koala.
- CARDOZO, M. (2000). La evaluación del desempeño: un camino necesario y sembrado de obstáculos hacia el profesionalismo en las organizaciones públicas. En J. L. Méndez y R. Uri, *Evaluación del desempeño y servicio civil de carrera en la administración pública y los organismos electorales*. México: Instituto Nacional de Administración Pública-Instituto Federal Electoral.
- CARPIZO, J. (1998). *Estudios constitucionales*. México: Porrúa.
- DWORKIN, R. (2008). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- DWORKIN, R. (2014). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? En *Derechos, libertades y jueces*. México: Editorial Miguel Carbonell.
- ESTRADA, G. E. (2014). Apuntes sobre la protección de los derechos humanos y la diversificación judicial internacional. En M. Otero y M. L. Castañeda (coords.), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI*. México: Porrúa.
- FERREYRA, R. (2007). *Reforma constitucional y control de la constitucionalidad, límites a la judiciabilidad de la enmienda*. México: Porrúa.
- HABERLE, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: IJ, UNAM.
- NAVA, A. E. (2007). *Delitos informáticos*. México: Porrúa.
- SCJN (2009). *La contradicción de tesis como sistema de integración de la jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación*.
- VALADÉS, D. (2016). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*. México: UNAM.

Autores

ALFONSO HERNÁNDEZ BARRÓN

Abogado por la Universidad de Guadalajara (UdeG); máster en Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho por la Universidad de Alcalá en Henares, España, y máster en Derecho Público por la Universidad Panamericana; doctor en Derecho por la Universidad de San Pablo ceu en Madrid, España, y doctor en Derecho por el Instituto de Estudios Jurídicos de Occidente. Cursó la especialidad en Derechos Humanos de las Mujeres por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, y la especialidad en Políticas Públicas con Perspectiva de Género por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Fundador e integrante de diversas organizaciones que promueven la cultura de paz, el apoyo a grupos vulnerables y prioritarios. Como funcionario público, se ha desempeñado en todos los ámbitos y niveles del Gobierno de Jalisco. Ha sido docente durante más de veinticinco años. Es autor y coautor de libros y artículos especializados en derechos humanos, y ha escrito diversas publicaciones literarias. Actualmente, es presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ) y vicepresidente de la Zona Oeste de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos.

CÉSAR GUILLERMO RUVALCABA GÓMEZ

Candidato a doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Su área de investigación es la teoría política, particularmente en la línea de reflexiones sobre el poder, la racionalidad, la teoría del discurso y la digitalidad en el mundo contemporáneo. Profesor-investigador de tiempo completo en la UdeG. Realizó una estancia de investigación en la Universidad del Norte de Texas. Es abogado y maestro en Derecho constitucional en la UdeG. Miembro de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración desde 2017.

FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO

Maestro en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública, doctor en Derecho por la unam y doctor en Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas por la Universidad de Almería. Cuenta con el Diplomado de Estudios Avanzados (Suficiencia Investigadora) por

la Universidad de Almería. Miembro del SNI. Desde 2007 es profesor en la unam de diversas materias. Miembro del Foro Mexicano de Jóvenes Administrativistas y de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fue el primer director del Instituto Internacional de Derecho Administrativo “Agustín Gordillo”, el cual desarrolla temas de combate a la corrupción. Secretario ejecutivo de la revista *Aída. Opera Prima de Derecho Administrativo*. Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Actualmente, es titular del Órgano Interno de Control en la Secretaría de Energía del Gobierno Federal.

GERMÁN CARDONA MÜLLER

Licenciado en Derecho y máster en Derecho Constitucional Contemporáneo por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITE-*so*), máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo. Egresado del Curso Básico para la Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, especializado en Derecho Corporativo, así como en Derecho Fiscal con mención honorífica por la Universidad Panamericana. Actualmente, es candidato a doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Jalisco, director jurídico del despacho Germán Cardona Müller, Abogados y prestador en la CEDHJ. Ha fungido tanto como investigador, secretario técnico y asesor en jefe del H. Congreso del Estado de Jalisco. Ha sido parte del Núcleo Académico Básico de Posgrados del ITESO, en donde impartió la materia de Derecho Procesal Constitucional. Profesor de asignatura de la UdeG e integrante del Comité Científico Nacional de la revista *Derechos fundamentales a debate* de la CEDHJ. Ha participado en varias ponencias, cursos y conferencias en materia de derecho constitucional, derechos humanos, derecho fiscal y argumentación jurídica.

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá y máster en Prácticas Jurídicas por el Centro de Estudios Financieros. Desde 1993 es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, y de 2013 a 2019 fue director del Departamento de Ciencias Jurídicas. De 2004 a 2009 fue magistrado suplente de la Audiencia Nacional. Ha dirigido veintiún proyectos

de investigación o cooperación, financiados con fondos públicos. Su investigación se ha centrado en los derechos humanos y fundamentales, el derecho ambiental, el derecho de la comunicación y la figura del ombudsman. Ha realizado estancias de investigación en Italia, Alemania e Irlanda. Desde 2008 es director del Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica y del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica, ambos de la Universidad de Alcalá. Desde 2003 es director de los Informes Anuales de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. Ha prestado asesoramiento en materias de derecho público a defensorías del pueblo, grupos de comunicación, sindicatos y organizaciones no gubernamentales.

JORGE CHAIRES ZARAGOZA

Egresado de la UdeG. Doctor en Derecho Comparado por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), nivel I. Se ha desempeñado como servidor público en diferentes dependencias federales. Es autor de ocho libros y diversos artículos en revistas especialidades y capítulos de libros.

JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN

Licenciado en Derecho y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, y máster en Historia Contemporánea por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Investigador de carrera de la UdeG. Miembro del SNI, nivel III. Ha impartido clases de Historia y Derecho Constitucional, en las especialidades de federalismo, juicios de amparo y derechos humanos. Es autor de diferentes libros y artículos especializados.

JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

Abogado por el Centro Universitario de la Ciénega de la UdeG, maestro en Derecho Constitucional por el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la misma universidad, máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha desarrollado estancia de investigación en la Università Degli Studi di Napoli Federico II y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha escrito artículos y capítulos de

libro en derechos humanos en México y España. Se ha desempeñado como coordinador de Planeación y Evaluación Estratégica de la CEDHJ, donde actualmente es director del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli. Director de la revista especializada *Derechos fundamentales a debate* y codirector de la Colección en Estudios en Derechos Humanos, editada por la CEDHJ.

JUAN CARLOS GUERRERO FAUSTO

Licenciado en Derecho por la UdeG y maestro en Políticas Públicas de Gobiernos Locales por el Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas de la UdeG. Profesor-investigador titular A en la División de Ciencias Económicas, Empresa y Gobierno del Centro Universitario de Tonalá. Se ha desempeñado como coordinador general de los Bufetes Jurídicos de Servicio Social de la UdeG y coordinador general jurídico del Organismo Público Descentralizado “Hospitales Civiles de Guadalajara”. Actualmente, se desempeña como abogado general de la UdeG.

JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Licenciado y doctor en Derecho por la UNAM (con mención honorífica). Especializado en Finanzas Públicas, máster en Relaciones Internacionales por la Escuela Fletcher de Derecho y en Derecho Civil por la Universidad de Barcelona. Ha sido profesor titular de la UNAM, Ibero, CIDE, ITAM, entre otros centros de estudio. Es investigador honorario del Instituto de Investigaciones Jurídicas y autor de numerosos libros y textos especializados. Fue integrante del Grupo Redactor de la Constitución de la Ciudad de México. Ha recibido diversas distinciones, entre las que destacan el premio René Cassin de Derechos Humanos, del Comité de la Tribuna Israelita A. C., y el Mérito Académico, otorgado por la Universidad Iberoamericana, campus Ciudad de México. Ha sido defensor adjunto de los Derechos Universitarios, órgano previsor del Ombudsman Nacional, director de la Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac y director de investigación del Acervo Histórico Diplomático de la SRE. Desde 1992 funge como magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, del año 2000 a 2003 fue presidente de esa institución y desde 2004 desempeña el cargo de magistrado de la Cuarta Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

KRISTYAN FELYPE LUIS NAVARRO

Licenciado en Derecho por la UdeG, licenciado en Derecho y máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, máster en Ciencia Política y Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y máster en Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y por la unam. Docente de las asignaturas de Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Amparo en la UdeG, y de las asignaturas Evolución del Amparo, Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Sentencias de la Corte Interamericana en la Universidad del Valle de Atemajac. Presidente fundador del Colegio de Abogados Defensores de Derechos Humanos Jalisco. En su calidad de secretario técnico y ejecutivo ha presidido la Comisión Interinstitucional Contra la Trata de Personas, el Sistema Estatal de Atención a Víctimas, la Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas, el Consejo Estatal Contra la Discriminación y el Mecanismo Estatal de Protección a Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. Actualmente, se desempeña como segundo visitador general de la CEDHJ.

LUIS ENRIQUE VILLANUEVA GÓMEZ

Licenciado en Derecho y maestro en Derecho con orientación en Administración de Justicia y Seguridad Pública por la UdeG. Especialista en Medios Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad de Salamanca en España. Cuenta con una amplia carrera judicial y experiencia docente en diferentes asignaturas, como Derecho constitucional, Derecho civil y Medios alternos de solución de conflictos. Colabora activamente en agrupaciones sociales con el fin de divulgar la cultura de la legalidad. Consejero ciudadano en el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Jalisco de 2006 a 2012, en donde presidió las Comisiones de Administración y Contraloría. Director de Asuntos Jurídicos y Dictamen Legislativos del H. Congreso del Estado de Jalisco de junio de 2012 a mayo de 2013. Director del Instituto de Investigación y Estudios Legislativos de junio de 2013 a junio de 2015. Magistrado integrante de la Cuarta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco. Coordinador de la obra colectiva *Gobernanza Judicial*, publicada en conjunto con la UdeG y la editorial Porrúa.

RAÚL PADILLA PADILLA

Licenciado en Derecho por la UdeG. Maestro en Derecho Internacional con Especialidad en Derechos Humanos por la Universidad de Georgetown. Docente en Derechos Humanos y sus Garantías por la UdeG. Candidato a doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Autor de diversos artículos en materia de derechos humanos y derecho constitucional en distintas revistas científicas.

RICCARDO PERONA

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Pisa en Italia. Docente en el Área de Derecho Público en la Universidad de Cartagena en Colombia. Director del Instituto Jurídico Internacional de Turín en Italia.

El juez en el constitucionalismo moderno.

Algunas reflexiones

se terminó de editar en abril de 2021, en las oficinas de la Editorial Universitaria de Guadalajara, José Bonifacio Andradra 2679, Col. Lomas de Guevara, 44657, Zapopan, Jalisco

En la formación de este libro se utilizaron las familias tipográficas Minion Pro, diseñada por Robert Slimbach y Ronnia, diseñada por Veronika Burian y José Scaglione.