Un caso, cuatro postulados y una preocupación sincera
(A propósito de la justicia constitucional en México)

Pedro Salazar Ugarte

Nota introductoria

Robert A. Burt, en *The Constitution in Conflict* realiza un amplio y sólido estudio de decisiones judiciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos que no tiene parangón en México. Eso fue lo primero que me vino a la mente mientras leía el libro e intentaba conectar sus reflexiones con la experiencia constitucional mexicana. En cierta medida este ensayo es el producto de esas cavilaciones. Lo paradójico es que tiene al texto de Burt como disparador pero no es fiel a sus tesis. Y no porque no encuentre sentido a sus advertencias cuando sostiene que la intervención judicial debería ser:

> "... una intervención particular, limitada y cuidadosa rodeada por una gran condena moral por la falta de respeto de las mayorías por una minoría vulnerable, siempre teniendo en cuenta el principio de igualdad."

Se trata de una tesis atendible y que ha inspirado muchos estudios constitucionales sobre la legitimidad de la acción judicial. Sin embargo, se orienta en la dirección opuesta de las tesis que explican la existencia de una jurisprudencia digna de análisis como la de la Corte norteamericana. Esas tesis, que son la columna vertebral de este trabajo, son la contracara de la siguiente advertencia de Burt y, al mismo tiempo la razón que explica que su libro exista:

> "Lo anterior es lo que deberían hacer los jueces, no grandes intervenciones morales y filosóficas en un sentido interpretativista o rendición ante la voluntad de las mayorías. Después de todo, los jueces son abogados, no filósofos. Son abogados cuya función es desentrañar casos complejos es enunciado analíticos y sencillos que deben de pensar que consecuencias tendrán sus decisiones. La decisión debe estar informada histórica, psicológica y filosóficamente."

I. Una discusión interesante

En febrero de 2007 se verificó un intenso debate en el seno del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN). Los ministros discutían si era

procedente otorgar el amparo de la justicia a 11 militares que habían sido dados de baja de las Fuerzas Armadas por ser portadores del virus del VIH. El núcleo de la disputa consistía en determinar si un artículo de la Ley del Instituto de Seguridad de las Fuerzas Armadas Mexicanas –el art. 266- era inconstitucional.

En ese artículo se contemplaba como una de las causales para dar de baja del servicio a un militar, precisamente, el que hubiese sido contagiado con ese virus. Los (ex)militares quejosos que acudieron a la justicia argumentaban que ese artículo era discriminatorio. Así que la cuestión de fondo no era de poca monta y las consecuencias de lo que se decidiría tampoco. Pero lo que me interesa aludir ahora, no es la médula del asunto sino una cuestión procedimental que exigió una respuesta por parte de los jueces constitucionales antes de llegar a la decisión final.

El punto concreto en disputa consistía en determinar si los ministros podían y debían tomar en cuenta –como un elemento probatorio para motivar su decisión- una opinión emitida por la Academia Mexicana de Ciencias (AMC) que ofrecía información científica sobre los riesgos y efectos que implica portar el virus del VIH. La opinión de los científicos había sido solicitada por uno de los jueces (el ministro Cossío) pero, según algunos de sus compañeros, no podía ser tomada en consideración porque la Ley de Amparo vigente establecía que, en la etapa de revisión de esa clase juicios, el Pleno de la Corte solamente podía valorar las pruebas que habían sido ofrecidas por las partes ante la primera autoridad (el primer juez) que conoció el caso (art. 91, II). En otras palabras, el expediente llegaba “cerrado” al Pleno de la Corte y los ministros solamente podían revisar la información que ya estaba contenida en el mismo.

Si se observaba literal y escrupulosamente la ley, entonces, el dictamen de los médicos (aunque ofreciera información muy valiosa para los militares demandantes), debía ignorarse. Si, en cambio, se realizaba una interpretación “garantista” de esa y otras disposiciones legales podía concluirse que el artículo de la ley de Amparo cerraba el expediente para las partes involucradas en el juicio pero no para los jueces de la Corte y que, dado que la información científica aportaba elementos útiles para resolver el caso, la opinión de la Academia Mexicana de Ciencias podía y debía tomarse en cuenta.

Uno de los ministros con una larga carrera judicial, Mariano Azuela, defendió la primera posición y el único ministro que en ese entonces provenía de la academia, José Ramón Cossío, la segunda. Vale la pena conocer el núcleo de sus argumentos. En sesión del Pleno de la Corte en la que comenzó la discusión del asunto[1], el juez Azuela advirtió:

> "¿Qué se le va a otorgar un amparo mayor porque se examinen otros problemas?, ¿no es algo meramente *académico* lo que se va hacer? (si se acepta el dictamen científico como elemento probatorio)[2]"

Días después, cuando se votó el asunto[3], el mismo juez Azuela abundó en sus preocupaciones:

> "...aquí hemos sido muy elásticos en la aplicación de la técnica (...) lo que me resulta curioso es eso, que se de la situación paradójica de que en un aspecto (sic) por derechos fundamentales se olvida uno de las reglas básicas y de tesis básicas en materia de amparo (...)"

Como puede inferirse su preocupación residía en advertir los riesgos que conlleva para la labor jurisdiccional el sacrificar la estricta aplicación del derecho –en este caso una excepción procesal precisa- en aras de una concepción de la justicia constitucional de índole teórica y libresca. Es sintomática e interesante su referencia a la tendencia académica que vislumbraba en la posición opuesta. Algunos meses más tarde, en un artículo de difusión académica, el ministro Cossío explicó el núcleo de esta segunda postura que él embanderó y que se terminó imponiendo:

> "Sería absurdo que, en los casos en los que la operación de contraste entre la norma legal enjuiciada y la disposición constitucional relevante no puede hacerse sin el entendimiento cabal de cuestiones técnicas, los jueces no estuvieran facultados para obtenerlo. Sugerir que por el hecho de interesarse por esta relevante información, la Suprema Corte está *delegando* la decisión sobre la constitucionalidad de la norma en los especialistas, es no entender

[1] Sesión del 26 de febrero de 2007.
[2] El énfasis es mío.
[3] Sesión del 1 de marzo de 2007.

> la naturaleza del derecho ni las características de la actividad jurisdiccional[4]".

En el fondo, sin necesidad de decirlo, el ministro Cossío privilegiaba la utilidad de acceder y ponderar la información aportada por la Academia Mexicana de Ciencias por encima de los aspectos procesales que impedían su valoración. El debate fue prolongado y acalorado y al final los militares obtuvieron el amparo de la justicia. Pero, más allá de ese resultado, lo que me interesa advertir es que el diferendo entre ambos jueces, evidencias lógicas y concepciones jurídicas muy distintas y distantes.

Para utilizar categorías académicas podemos decir que el ministro Cossío, se inclinó hacia lo que algunos autores -Sánchez, Magaloni y Magar- llaman "*legal interpretativism*" y el ministro Azuela, en cambio, mantuvo firme su "*judicial legalism*"[5]. Los jueces como Cossío "piensan que las Cortes deben expandir su jurisdicción superando los precedentes que limitan el papel de la judicatura (...) y toman en cuenta las consecuencias políticas, sociales o económicas de sus decisiones"[6]. Los jueces como Azuela, en cambio, "le dan prioridad a la interpretación restrictiva tanto de la jurisprudencia como de la legislación y son escépticos sobre la capacidad de los jueces para fundar sus decisiones en razonamientos no-jurídicos"[7]. Estos últimos –que, siguiendo a Karina Ansolabehere, podemos también denominar "legalistas"[8] - privilegian las interpretaciones literales de la constitución y de la ley mientras los primeros –que también pueden llamarse "garantistas"- según se inclinan por las interpretaciones abiertas[9].

II. Clasificando para esclarecer.

---

[4] Cossío, J. R., "Militares con VIH: contra la discriminación" en Nexos, 354, junio 2007, pp. 26-27.
[5] Cfr., Sánchez, A., B. Magaloni, E. Magar, "Legalist vs. Interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico", Stanford Public and Law Working Paper, 1499490. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499490##
[6] Ibid, p. 4.
[7] Ibidem.
[8] Ansolabehere, K, "Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos
y diputados", *Revista Mexicana de Sociología*, 70, No. 2, abril-junio 2008, pp. 331-359.
[9] Sánchez, A., B. Magaloni, E. Magar, "Legalist vs. Interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in Mexico", p. 33.

Detrás de la tendencia hacia el "*judicial legalism"* o hacia el "*legal interpretativism*" existen concepciones muy distintas de lo que es el Estado de Derecho. Josep Aguiló Regla -mediante una aproximación metodológica distinta al estudio empírico de Sánchez, Magaloni y Magar- propone dos conjuntos de variables que encapsulan ambos modelos de mentalidad jurisdiccional:

La primera concepción se compone por las siguientes piezas: a) énfasis en el imperio de la ley; b) apego al estado legislativo de derecho; c) énfasis en la conciencia jurídica formal; d) adopción de un modelo de interpretación de reglas [subsunción]; e) defensa de una ética judicial diferenciada en la que el razonamiento jurídico se cierra ante el razonamiento moral; f) miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa [imparcialidad equivale a neutralidad]; g) temor al subjetivismo [solo el derecho es objetivo]; h) miedo a la imposición de la moral por abrazar el relativismo y autorestricción judicial; i) temor a los claroscuros [a la gradualidad en la que se pierde la certeza][10].

La segunda concepción, en cambio y en oposición, reúne los siguientes elementos: a) énfasis en la garantía de los derechos; b) apego al estado constitucional de derecho; c) énfasis en la conciencia jurídica material; d) adopción de un modelo de interpretación de reglas [subsunción] pero también de principios [ponderación]; e) ética judicial aplicada [el razonamiento jurídico es un caso del razonamiento práctico general que coincide con la moral]; f) reconocimiento de que aplicar el derecho implica hacer valoraciones por lo que la imparcialidad no se confunde con la neutralidad; g) uso de la racionalidad como intersubjetividad; h) evitar confundir el sometimiento al derecho y la autorestricción con la irresponsabilidad moral del juez; i) evitar confundir entre un juez "no arbitrario" con un juez "ritualista"[11].

La clasificación es ambiciosa e inevitablemente esquemática pero creo que resulta útil. De hecho, no es difícil ubicar los argumentos del ministro Azuela en el primer modelo y los del ministro Cossío en el segundo.

---

[10] Cfr., Aguiló J., "Ética Judicial y estado de Derecho" en García Pascual, C., *El Buen Jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanc, México, 2013, p. 82.
[11] Ibid.

III. Interrogantes pertinentes.

La discusión entre Azuela y Cossío y la clasificación que propone Aguiló disparan algunas interrogantes. Se me ocurren, al menos las siguientes: a) ¿existe una diferencia relevante entre la labor jurisdiccional ordinaria o de legalidad y la labor jurisdiccional constitucional?; b) ¿es necesario contar con un perfil de juzgador distinto en cada caso?; c) en caso de una respuesta afirmativa a la interrogante anterior, ¿se trata de perfiles incompatibles?; d) ¿tiene sentido distinguir entre jueces académicos y jueces técnicos?; e) ¿el modelo de estado –legislativo o constitucional- de derecho requiere un tipo de jueces específicos?; f) ¿los jueces que operaron en sistemas autoritarios pueden continuar ejerciendo en contextos democráticos y constitucionales?

IV. Estrategia de abordaje y delimitación del horizonte.

En estas páginas ofrezco algunas premisas teóricas para responder a estas interrogantes. Me valgo de algunas citas textuales de autores que se han dedicado a estudiar estos temas para evidenciar que existe una tendencia a diferenciar entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria que va más allá de las cuestiones técnicas y competenciales.

La estrategia que he seguido ha sido revisar literatura relevante para seleccionar algunos postulados –más o menos- categóricos por parte de los expertos. De esta manera he evitado caer en la tentación de pontificar por cuenta propia y he dejado que sean ellos quienes aporten las piezas para el análisis. Como podrá constatarse se trata de axiomas que complementan el segundo modelo propuesto por Aguiló y apuntan hacia un perfil de juzgador “garantista” para usar la terminología de Ansolabehere.

Con esos postulados como guía, hacia el final del texto problematizo la situación actual en México en dónde, como se explicará en su momento, se ha activado una tendencia hacia la desconcentración del control de constitucionalidad. Mis reflexiones en este apartado conclusivo tendrán como sustento algunas transformaciones constitucionales e institucionales en la administración de justicia y solo algunas pocas referencias empíricas sobre la cultura o el comportamiento judiciales. Esto se debe a que los estudios socio-legales sobre el comportamiento de los jueces en México son escasos y

los que existen se centran en la Suprema Corte de Justicia y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación[12].

V. Cuatro postulados para pensar el tema

Primer postulado: "El juez de legalidad (ordinario) no puede ser un juez de constitucionalidad"

Veamos la siguiente idea de Louis Favoreu que he encontrado citada más de una vez en artículos sobre estos asuntos:

> "Los Tribunales Constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestas por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos. La designación de los miembros de los Tribunales no obedece a los criterios tradicionales, los orígenes de los miembros son muy parecidos, compartiendo la característica principal de la importante proporción de profesores universitarios"[13].

En el mismo sentido se pronunciaba Otto Bachof en 1959:

> "La labor, llena de responsabilidad, de la interpretación normativa de la Constitución y de protección de sistemas de valores, necesita una instancia especializada de estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia en definitiva que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla..."[14].

En el trasfondo de estas aseveraciones se desdoblan dos líneas argumentales: a) se presupone que los ordenamientos constitucionales modernos son sustantivamente distintos a los ordenamientos característicos del llamado Estado legal o legislativo de derecho (sobre este punto se regresará más adelante) y; b) como corolario de esta tesis,

---

[12] Cfr., Ríos-Figueroa, "Sociolegal Studies in Mexico" en *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 8 (2012), pp. 307-321.
Puede consultarse en: http://works.bepress.com/julio_rios/11

[13] Citado por Fernández de Cevallos, D., "El juez constitucional como elemento de transformación democrática" en XXXXXX, pp. 67-68. Como fuente el autor refiere una página de internet a la que no fue posible acceder.

[14] Citado por Fernández de Cevallos, D., "El juez constitucional como elemento de transformación democrática" en XXXXXX, pp. 67-68. Como fuente el autor refiere una página de internet a la que no fue posible acceder.

se asume que el nuevo modelo demanda jueces (constitucionales) con características particulares que no pueden satisfacer los jueces ordinarios entre otras razones porque están habituados a operar bajo la lógica de la fundamentación y estricta aplicación legal.

Esta última tesis conlleva una valoración peyorativa de la justicia ordinaria, -que se suele calificar como legaloide y etiquetar como tradicional- y enaltece la misión de los jueces constitucionales. Al mismo tiempo supone y prefigura un perfil particular de éstos últimos que, según Favoreu, madura sobre todo en las aulas universitarias.

Segundo postulado: el estado constitucional de derecho es distinto al estado legislativo de derecho

Sobre esta tesis -que ya está anunciada en el postulado anterior- ha insistido mucho Luigi Ferrajoli. Para este autor los ordenamientos constitucionales de la segunda mitad del Sigo XX[15] son sustantivamente distintos a los que regían durante lo que el propio Ferrajoli llama el paradigma legislativo o del positivismo clásico. La incorporación de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales junto con el sometimiento del legislador a las mismas marcan el cambio de paradigma que supone una transformación jurídica pero también implica una mutación política desde distintas formas de autocracias (más o menos absolutistas) hacia democracias constitucionales. La tesis de fondo -que tiene un asidero empírico- es que los ordenamientos cambiaron de manera estructural y ello tiene implicaciones para todos los operadores jurídicos. Pero en particular, según esta aproximación teórica:

> "la jurisdicción ha dejado de ser el sometimiento del juez a la ley, ahora también es el análisis crítico de su contenido para poder verificar su constitucionalidad"[16].

[15] Ferrajoli piensa sobre todo en los europeos pero la tesis vale para prácticamente para todos los latinoamericanos de la última década de esa centuria. Yo hago una diferencia entre las constituciones latinoamericanas aprobadas o reformadas en los años noventa del Siglo XX y el llamado "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano". Cfr. Salazar, P., *Política y Derecho. Derechos y Garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*., Fontamara, México 2013.

[16] Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 36.

Este cambio estructural demanda un nuevo perfil de juez constitucional. Al menos eso es lo que opina Perfecto Andrés Ibañez, Magistrado del Tribunal Supremo Español, ferrajoliano convencido y jurista destacado:

> "La presencia de magistraturas más plurales en entornos normativos de (...) nuevo perfil, más abiertos al juego de los principios y al uso de la discrecionalidad, trajo consigo la apertura de un espacio inédito al desarrollo y ejercicio de cierta capacidad de autonomía cultural de los jueces, con traducción también en un (...) distinto modo de relación del juez con la ley y en una mayor visibilidad de lo que Ferrajoli ha llamado 'el poder de disposición' de este en el acto de aplicación de la misma[17]"

El núcleo del argumento puede sintetizarse de la siguiente manera: el cambio en la estructura de los ordenamientos demanda jueces capaces de operar con una constitución de principios, susceptible de diversas y controvertidas interpretaciones[18]. El juez ordinario –educado bajo las premisas del positivismo, el legalismo y el formalismo- no está capacitado para realizar esta tarea. Eso es lo que también pensaba Ronald Dworkin cuándo se preguntaba si los jueces tenían que ser filósofos:

> "Los jueces deben entender que los convenientes atajos que acabamos de considerar (intuicionismo y pragmatismo, así como el formalismo) son ilusiones, por lo que tienen que elegir entre los principios rivales que están disponibles para explicar los conceptos constitucionales, y tienen igualmente que estar listos para presentar y defender las elecciones que tomen[19]."

Lo cierto es que esta delicada y compleja tarea no la puede emprender cualquier juez. El riesgo, al menos según Francisco Laporta, es que "los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran

[17] Ibañez, P. A., "Ética de la independencia judicial" en *El Buen Jurista. Deontología del Derecho, Tirant lo Blanch*, México 2013, p. 33.
[18] Cfr., Ferreres Comella Víctor, *Justicia constitucional y democracia.* Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007.
[19] Dworkin, R., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿Pueden ser filósofos?" en Estudios de Derecho, No. 144, Diciembre de 2007, p.

aplicando el derecho" [20]. Y el problema es que los jueces ordinarios no están preparados para esta tarea porque "su razonamiento moral no pasa de ser vulgar"[21].

De ser cierto lo anterior, tenemos un cambio histórico de los modelos jurídicos que exige un cambio en la labor jurisdiccional que no puede ser realizada por cualquier juzgador ni con los métodos tradicionales de interpretación y aplicación jurídicas.

Tercer postulado: Existen jueces de derecho y jueces de derechos

Otra manera de observar la cuestión nos conduce por la senda de las ideologías y la cultura jurídica de los jueces. Ese es el recorrido que trazan las siguientes reflexiones de Luis González Plascencia:

> "El contexto actual es cultural, económica, social, política y jurídicamente distinto de cualquier otro periodo de la historia y supone, por ello, condiciones especiales para el ejercicio de las profesiones legales en general y de la jurisdiccional en particular. (Por lo que es necesario contar un juez no solo formado) "*en* derecho sino con una formación *para* los derechos (....) sensible a las circunstancias sociales (...), con un elevado sentido de la justicia que, apegado siempre a la legalidad, sea acorde con la fidelidad a la verdad procesal y al resguardo de los valores constitucionales"[22].

La primera parte del argumento –que el autor desarrolla pensando en México- es sumamente frágil porque es difícil sostener que existen "contextos" totalmente distintos al momento histórico precedente. Los sociólogos y los historiadores saben bien que por más radicales que puedan ser las transformaciones sociales siempre existe un continuum entre una fase y otra. Pero la cita nos resulta útil porque en la segunda parte de su argumento, el autor, anuncia una veta que no ha estado presente en los postulados anteriores. La tesis apunta que los jueces deben tener un compromiso ideológico con la agenda de los derechos humanos.

---

[20] Francisco Laporta, "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", en *El cronista*, No. 0, Madrid, octubre 2008, cit., p. 49.

[21] Ibidem. Tal vez conciente de ello, Ronald Dworkin, se pregunta si los jueces deben o pueden ser filósofos (a lo que adelanta una respuesta positiva). Cfr. Dworkin, R., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en Isonomía, No. 32, abril de 2010, pp. 7-29.

[22] González Plascencia, L., "La formación de los juzgadores federales en México", revista XXXXX del IJF, México, pp. 153-154, 163. Los énfasis son del autor.

Esta veta argumentativa no se limita a sostener que, dado el cambio de paradigma (del "estado legal" al "estado constitucional") y las particularidades de los nuevos ordenamientos jurídicos, es necesario contar con jueces que conozcan la dogmática jurídica y la teoría del derecho[23]. Tampoco se limita a señalar que la interpretación de los principios constitucionales exige conocimientos en materia de ética normativa e incluso de meta-ética y que los jueces "han de ser consciente de la tarea que realizan y de los efectos políticos, económicos y sociales que provocan con sus decisiones"[24].

El argumento ideológico va más lejos porque demanda que los jueces constitucionales estén comprometidos con la causa de los derechos lo cual –al menos según Jorge Malem- no era una exigencia bajo el paradigma del estado legislativo:

> "Desde el punto de vista técnico, entonces, no sería verdad que para ser un buen juez es necesario ser ante todo una buena persona a despecho de su dominio del derecho; bastaría por el contrario que conociera adecuadamente la técnica jurídica para saber identificar las normas jurídicas que regulan el caso a decidir (...) sin que sea necesario para ello que sea un dechado de virtudes éticas y sociales. Una mala persona podría llegar a ser, en este sentido, un buen juez"[25].

Pero en el paradigma del estado constitucional las cosas son diferentes. El propio Malem –en un bonito artículo en el que se cuestiona precisamente si las malas personas pueden ser buenos jueces- concluye que en los estados constitucionales los juzgadores deben estar comprometidos con lo que él mismo llama "moral crítica" específica. Una moral que es propia del liberalismo de los derechos y que corresponde, precisamente, al paradigma del constitucionalismo de los derechos humanos.

Por eso, en los contextos en los que este paradigma tiene vigencia, las "malas personas" (aquellas que se apartan o combaten a los principios que sustentan a esa moral específica) no pueden ser buenos jueces. La tesis está grávida de implicaciones filosóficas porque supone que debe existir una alineación entre una agenda axiológica determinada, las normas positivas del ordenamiento y las convicciones personales del

[23] Cfr., Malem, J., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008.
[24] Malem, J., *El error judicial y la formación de los jueces*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 114.
[25] Malem, J., *"¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?" en XXXXXX*, IIJ-UNAM, XXX, p. 145.

juzgador. No me detengo a analizar esta dimensión del postulado pero me pareció pertinente dejarla apuntada.

Cuarto postulado: Los jueces del autoritarismo no pueden ser los jueces de la democracia

Este último postulado tiene una estrecha conexión con el anterior pero observa el compromiso con el constitucionalismo de los derechos desde una perspectiva política e histórica. La cuestión de fondo reside en desentrañar si los jueces que operaron bajo contextos políticos autoritarios –y que, por lo mismo, fueron los ejecutores de las reglas jurídicas bajo las que operaron los regímenes correspondientes- pueden ser los juzgadores del constitucionalismo en tiempos democráticos. Esa interrogante vale sobre todo para los jueces ordinarios pero podemos suponer que, en los contextos autoritarios, no existían jueces propiamente constitucionales. Así que la cuestión se desdobla en dos interrogantes: a) si los jueces ordinarios durante el autoritarismo pueden seguirlo siendo en los contextos democráticos; b) si esos jueces pueden aspirar a convertirse en jueces constitucionales.

El núcleo del dilema ha sido problematizado por Jorge Malem pensando en España:

> "¿O es que el de la jurisdicción es un sector de la institucionalidad y las prácticas estatales inmune o indiferente a las características del entorno y al tiempo político? ¿Podría ser funcional a la democracia constitucional un sistema de tan demostrada eficacia para producir-reproducir en serie el tipo de juez, cultural y políticamente predispuesto a la subalternidad, que con tanta *naturalidad* ejecutó la política judicial de la dictadura franquista y de otras dictaduras?[26]"

El mismo argumento, pensando ahora en América Latina, ha sido planteado por Ana Laura Magaloni:

> "Jueces y abogados tienden a repetir las conductas aprendidas y a reproducir las maneras de pensar e interpretar las normas jurídicas aunque cambie el contexto en donde operan. La resistencia al cambio de las instituciones de

[26] Malem, J., *El error judicial y la formación de los jueces*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 129.

> justicia es enorme. Ello explica por qué las democracias de fines del siglo XX -entre ellas la mexicana- se han topado con enormes dificultades para lograr que el cambio de régimen político vaya aparejado de un cambio del mismo calado en el ámbito jurídico. Si bien es cierto que las transiciones democráticas han significado la creación y reforma de un importante número de normas jurídicas e instituciones legales -comenzando por la Constitución-, la profesión legal, que es la que tiene que hacer operativas esas normas, ha sido formada bajo la sombra del autoritarismo. Sus formas de entender el derecho, de concebir la función jurisdiccional, de razonar jurídicamente están impregnadas de aquello que funcionó en el viejo régimen.[27]"

Según esta tesis, entonces, más allá de consideraciones de índole técnico-jurídico, existen consideraciones de tipo cultural e ideológico que aconsejan la sustitución de quienes fueron juzgadores durante los regímenes autoritarios por nuevos jueces comprometidos con la democracia.

VI. ¿Es relevante el modelo de justicia constitucional?

El tema de las diferentes tradiciones –norteamericana y continental- de justicia constitucional es un clásico en el debate contemporáneo y tiene una conexión profunda con el asunto que nos ocupa. Por eso es necesario hacer una referencia general al mismo antes de mirar a la realidad mexicana con las anteojeras de los cuatro postulados. Es verdad, como ha advertido Roberto Saba, que:

> "...las expectativas que ambas tradiciones tienen acerca de la función judicial, de la labor y responsabilidad de los legisladores, del rol que se le asigna a la academia jurídica e incluso el lugar que debe tener la propia ciudadanía, son muy diferentes"[28].

Lo que nos interesa son las diferentes pretensiones que dominan en cada modelo acerca de la función judicial. Es común escuchar que el modelo continental aspira a contar con jueces expertos en derecho, técnicamente sólidos y políticamente neutros; mientras que, en el modelo norteamericano se apuesta por un juez virtuoso que sea diestro en derecho pero también sepa echar mano de otros saberes –incluso morales- al momento de decidir. La distinción así plateada es una simplificación pero permite alinear los perfiles

[27] Magaloni, A., "Inercia del pasado", Reforma, 5 de octubre de 2013 (
[28] Saba, R., "Constituciones y códigos: Un matrimonio difícil", nimio.

de jueces –según cada modelo de justicia constitucional- con las clasificaciones que se han propuesto al inicio de siguiendo a Josep Aguiló y observarlos a la luz de los postulados reconstruidos. El primero sería el juez "legalista" y el segundo el juez "garantista".

Pero, si observamos con atención, la diferencia no reside en el perfil de juez que se privilegia sino en la tarea que tienen encomendada. O, mejor dicho, el perfil depende de la función. Esta es la tesis implícita de la siguiente idea de Mauro Cappelletti:

> "Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados 'de carrera' poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de 'meros intérpretes' y 'fieles servidores' de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o 'Bill of Rights', suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional 'debilidad y timidez' del juez según el modelo continental[29]"

La diferencia no está en el modelo de justicia constitucional que se adopta sino en la tarea que se encomienda a los juzgadores. Dado que en el contexto norteamericano la labor de control constitucional la realizan todos los jueces (modelo desconcentrado) se asume que su perfil es distinto al del juez ordinario europeo (porque en el continente predomina el modelo de control constitucional concentrado).

Pero en todos los casos –y eso es lo que importa para los fines de este texto- los jueces constitucionales están llamados a ser algo más que técnicos jurídicos y deben cumplir con los postulados descritos.

VII. El berenjenal mexicano

Los estudios sobre el Poder Judicial mexicano suelen centrarse en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en todo caso, en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Esto puede explicarse porque el modelo de control constitucional mexicano

[29] Cappelletti, M, *Cours constitutionnelles, XXXX*, p. 463 (Citado por Monroy Cabra, M., "Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Dreceho", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, IIJ-UNAM, 2004, p. 30.

–desde 1994 y hasta hace poco- era de tipo concentrado. De hecho, la Corte solo tuvo que compartir la potestad de valorar la inconstitucionalidad de normas generales con el Tribunal Electoral desde 2007[30]. Así que hasta ahora solo tenía sentido preguntarse si los ministros de la Corte y los magistrados electorales cumplían o no con los postulados reconstruidos en este trabajo y, en todo caso, si eran "legalistas" o "garantistas" para usar la terminología de Ansolabehere. Esta es la tesis de Julio Ríos Figueroa:

> "In part as a response to the shortcomings of political science work on the Supreme Court, legal scholars have begun to produce systematic jurisprudential lines on specific topics such as sexual and reproductive freedom (Madrazo and Vela 2011), criminal due process rights (Magaloni and Ibarra 2008), taxing capacity of the state and the just imposition of fiscal burdens (Elizondo and Pérez de Acha 2006), and whether the court uses a gender perspective when deciding certain civil matters (Pou 2010). Of course, legal scholars are carrying out this novel (for Mexico) work because of the increasing importance of Supreme Court jurisprudence for policies and politics. In addition to the specialized knowledge on each topic, perhaps the central lesson of these studies is that the Supreme Court is building quite slowly, and in disparate and not always consistent ways, its understanding on how and when fundamental rights should be protected. An underlying, and not always explicit, explanation for the unsteady jurisprudential construction is the traditional legal training, and socially conservative ideology of some of the Justices".

En este sentido, en el estudio de Sánchez, Magaloni y Magar ya mencionado, tras un análisis empírico de las decisiones más relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (SCJN) en un periodo que abarca desde 1994 hasta 2007, se concluye que:

> "... la mayor parte del tiempo, sobre todo en los casos de controversias constitucionales, un 'bloque legalista' ha dominado en la Corte"[31].

En el mismo sentido y haciendo mención a ese estudio se pronuncia Julio Ríos:

---

[30] Figuras como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad solamente pueden ser conocidas por la SCJN y, si bien los recursos de amparo desde siempre han sido conocidos por los jueces ordinarios, las interpretaciones de la constitución emitidas por la Corte eran obligatorias para todos los juzgadores. En el caso del TEPJF la historia es interesante porque había sido la propia Corte la que le había negado la potestad de ejercer controles de constitucionalidad y le tuvieron que ser otorgados de manera expresa por el Poder de Reforma Constitucional. En las siguientes páginas no analizaré el caso del Tribunal Electoral. Sobre el mismo me permito remitir a mi texto *Garantismo espurio* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009).

[31] Sánchez, A., B. Magaloni, E. Magar, op. cit., p. 6.

> "One central lesson from political science that works on the Mexican Supreme Court is that, since 1994, it has become an effective and quite neutral arbiter of political conflicts, though its record on protecting fundamental rights has been much less successful"

Han pasado algunos años desde que concluyó esa investigación y, sin contar el sustento empírico que lo sostiene, me parece que podemos afirmar que las cosas solo han cambiado un poco. En estos años ha habido cinco reemplazos de jueces en la Corte[32] (de los once que la componen) y, poco a poco, se ha consolidado un bloque que los propios jueces constitucionales llaman "liberal" (de cinco ministros) frente a uno "conservador (de seis integrantes). Dos de los nuevos ministros se alinearon en el primer grupo y otros tres llegaron a reforzar al bloque conservador.

Un dato interesante es que la distinción entre ambos grupos no pasa necesariamente por la agenda cultural o ideológica de los jueces constitucionales[33]. Es decir, no necesariamente gira en torno a los dos últimos postulados analizados. Lo que distingue a los ministros es, sobre todo, su concepción del Estado de Derecho y la manera en la que se aproximan al fenómeno jurídico. El debate entre Azuela (quien dejó la Corte en 2009) y Cossío da buena cuenta de ello. De hecho, conviene advertir que los seis jueces del bloque "conservador" provienen de la carrera judicial o tuvieron una experiencia relevante en ese ámbito con anterioridad[34].

Estas diferencias entre los ministros de la Corte han adquirido una relevancia sin precedentes en los últimos años por lo que ya se advertía –la Corte juega un papel político inusitado y creciente- pero, sobre todo, porque en el último lustro se han venido abriendo las compuertas al control de difuso de constitucionalidad. La ruta para que esto haya sido posible será reconstruida a continuación pero ya desde ahora podemos advertir que el resultado de la "disputa sobre el derecho" que se libra en el seno de la

[32] Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar entraron en 2009, José María Pardo Rebolledo en 2011 y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Alberto Gelasio Pérez Dayán en 2012.

[33] Si pensamos en un tema clásico para ilustrar esas diferencias como la interrupción del embarazo tenemos que al menos uno de los ministros conservadores (Franco) se ha pronunciado a favor de la despenalización; en cambio es previsible que al menos uno de los liberales (Gutiérrez Ortíz Mena) votaría en contra.

[34] Margarita Luna Ramos, Pérez Dayán, Luis María Aguilar, Pardo Rebolledo provienen de la carrera judicial, Sergio Valls tuvo una carrera política preponderantemente política pero antes de ser ministro fue Magistrado del Tribunal de Justicia del D.F. y Consejero de la Judicatura y Fernando Franco también tuvo una carrera política pero fue Presidente del Tribunal Electoral de 1990 a 1996.

Suprema Corte impactará de manera determinante en la concepción del derecho y de la justicia de los (nuevos) jueces constitucionales y, con ello -si los postulados que se han reconstruido en este texto son atinados- en el éxito o fracaso del Estado constitucional mexicano.

7.1. Del control concentrado al control difuso de conven-constitucionalidad.

En 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *caso Radilla Pacheco vs México* condenó al Estado mexicano y, entre otras cosas, señaló que todos los jueces mexicanos estaban obligados a realizar un "control de convencionalidad" teniendo como base la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y las interpretaciones realizadas por la propia Corte IDH. Con ello sentó las bases para que el control de legitimidad de las normas generales en México se fuera desconcentrando. En 2010, en respuesta a esa decisión de los jueces interamericanos, una mayoría de ministros de la SCJN rechazó la decisión de la Corte IDH aduciendo que las decisiones de la Corte IDH solamente constituían "criterios orientadores" para los jueces mexicanos. En esa ocasión, además, esa mayoría reiteró el carácter concentrado del control de constitucionalidad en México.

Sin embargo, en junio de 2011 se aprobó una ambiciosa reforma constitucional en materia de derechos humanos que fue precedida por una reforma en materia de amparo. Uno de los aspectos medulares de la reforma –plasmado en el artículo 1º de la constitución- reside en dos frases concretas: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte" y "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales". A la luz de estas disposiciones, aquella decisión de la Corte IDH en el "caso Radilla" recobró fuerza y sentido.

De hecho, la reforma motivó a que la SCJN reconsiderara su postura frente al fallo de la Corte IDH y, en octubre de 2011, una nueva mayoría de ministros –conformada por quienes habían quedado en minoría en 2010 y dos ministros más que cambiaron su posición a la luz del nuevo marco constitucional- reconoció la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH (en los casos en los que el Estado mexicano fuera parte) y

determinó la obligación que tienen los jueces mexicanos de realizar un control de convencionalidad *ex officio* como lo había ordenado esta corte internacional (Expediente Varios 912/2010)[35]. Con esa decisión, finalmente, los ministros mexicanos abrieron las puertas al control difuso de convencionalidad y las entreabrieron para desconcentrar también el control de constitucionalidad.

Pero, como podemos suponer después de conocer la existencia de los dos bloques al interior de la propia Corte, la discusión y la diferencia de criterios no se cerró de manera definitiva porque algunos tribunales y los ministros conservadores siguieron emitiendo criterios en sentido contrario a la decisión de la mayoría en el expediente *Varios*[36]. Esto provocó fuertes diferencias de criterios y abiertas contradicciones jurisprudenciales[37]. La gravedad del diferendo fue advertida por el ministro Cossío y por uno de sus secretarios, Raúl Mejía:

> "...una diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten (...). Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.[38]"

---

[35] "339. ...En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

[36] Los tonos de la polémica fueron encendidos. Una ministra, Luna Ramos, llegó a sostener que la postura de la mitad de sus pares en el sentido de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tenían rango constitucional constituía "Traición a la Patria". Esta afirmación la realizó en la Ciudad de Morelia, Michoacán durante una conferencia el 9 de agosto de 2013. Algunas notas periodísticas y comentarios sobre sus dichos pueden consultarse en: <http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/> o en <http://m.eluniversal.com.mx/notas/articulistas/2013/08/66155.html>.

[37] Las más relevantes fueron entre dos Tribunales Colegiados y entre las dos Salas de la SCJN. Ambas fueron discutidas en septiembre de 2013.

[38] Cossío,. J. R., R. Mejía, "Derechos descafeinados" en *Nexos*, junio de 2013.

Así que, en septiembre de 2013, la Corte en Pleno tuvo que estudiar las contradicciones de tesis en dos temas concretos -¿cuál es la jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento mexicano?, ¿cuáles son los alcances de las sentencias de la Corte IDH?- y por mayoría decidió, básicamente, que todas las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales firmados por México tienen el rango de normas constitucionales y que todas las sentencias de la Corte IDH (incluso en aquellos casos en los que México no es parte) son vinculatorias para todos los jueces nacionales. A la primera decisión se llegó mediante un controvertido compromiso que logró sumar 10 votos[39] y a la segunda con mayoría exigua de seis votos contra cinco.

Lo que ahora nos interesa es que, mediante esta decisión, por un lado se eliminó la distinción entre constitucionalidad y convencionalidad ya que, desde entonces, existe un solo parámetro de validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano (compuesto por la constitución y las normas de derechos humanos de fuente convencional) y, lo más importante, se generalizó para todos los jueces la potestad de realizar el control correspondiente[40]. Con ello se consolidó una tendencia que ya se anunciaba en el Expediente Varios 912/2010:

> "Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia."

Así que, a partir de entonces, todos los jueces mexicanos son jueces constitucionales. La

[39] La decisión de la SCJN fue muy polémica porque también se decisión que en cuando la constitución nacional establezca una restricción expresa al ejercicio de un derecho se estará a lo que indica la norma constitucional. El punto es relevante e interesante pero no es la materia de este ensayo y por lo mismo no entraré a su análisis. Esa situación fue la que motivó que el ministro Cossío no se sumara a la mayoría.

[40] De hecho, la Ley de Amparo en su artículo 1º establece lo siguiente: "Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: (...) III. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte".

pregunta cae por su propio peso: ¿se trata de juzgadores que responden al perfil delineado por los postulados analizados en este ensayo? Desafortunadamente no contamos con suficientes estudios empíricos para responder a esta inquietante relevante. Uno de los pocos trabajos orientados a medir las concepciones sobre el derecho y los derechos de los jueces lo publicó Karina Ansolabehere en 2008. Ya hemos hecho referencia y utilizado en este texto a su distinción entre jueces "legalistas" o "garantistas"[41]. El estudio no sólo analizaba a los juzgadores y en lo que aquí nos interesa permitió a su autora sostener lo siguiente:

> "Podemos señalar que los jueces son legalistas moderados. Ellos —que tienen una mayor libertad de interpretación en la aplicación de la ley— presentan un esquema de ideas menos legalista que quienes son garantes de la aplicación correcta del procedimiento de procuración de justicia: los ministerios públicos, y que los abogados litigantes, quienes hacen un uso *eficiente* de la ley para defender los intereses de sus clientes.
> (...)
>
> El diputado mediano, el juez mediano, el maestro mediano, el abogado mediano y el ministerio público mediano, son actores con ideas legalistas de la ley (...).
>
> Con la única excepción del grupo de maestros, en el cual las ideas relativas a la noción de *derechos humanos* están más cercanas a un modelo legalista en comparación con la ideología jurídica del grupo, el resto de los grupos presenta ideas sobre los derechos humanos levemente menos legalistas que las correspondientes a su caracterización general. Encontramos tres grupos legalistas moderados: los diputados, los jueces y los abogados. Y dos grupos que podemos caracterizar como legalistas *a secas:* los maestros y los ministerios públicos. [42]"

Es alentador constatar que –suponiendo que los resultados de este estudio puedan generalizarse- los jueces no son los operadores del derecho con una visión más legalista del derecho y de los derechos, pero temo que el grueso de los jueces mexicanos está lejos de satisfacer el modelo de juzgador constitucional delineado por la caracterización de Aguiló y por los postulados desarrollados en este ensayo. Está suposición tiene asideros en las siguientes: a) los jueces en México han operado durante décadas bajo las

[41] Ansolabehere entrevistó a 10 jueces del Distrito Federal junto con otros tantos profesionistas del derecho (ministerios públicos, abogados, maestros).
[42] Ansolabehere, K, "Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos
y diputados", op. cit., p. 347, 351, 353.

lógicas del estado legal de derecho, b) el control concentrado de constitucionalidad inhibió las capacidades argumentativas e interpretativas de los jueces ordinarios, c) en la propia SCJN prevalece una tendencia conservadora y reacia a la agenda de los derechos, d) la enorme mayoría de los juzgadores en el país (incluyendo a la mayoría de los ministros) forjaron sus carreras en los tiempos del autoritarismo mexicano.

Si esto es cierto, estamos en problemas. El control difuso de constitucionalidad en México puede convertirse en la pesadilla que Sergio García Ramírez –jurista mexicano y ex presidente de la Corte IDH- ha encapsulado con una metáfora inquietante: "se trata de una locomotora, poderosa e impresionante, diseñada para alcanzar una enorme velocidad pero para la que no existen rieles...".

La advertencia, como puede observarse, no se ubica en el terreno de la teoría y no clama por las preocupaciones de Burt en *The Constitution in Conflict*, es más pueril y más simple. No objeta que los jueces puedan asumir un poder que rompa con el principio de igualdad y desempeñen un rol que no debe corresponderles. Simplemente advierte que los jueces mexicanos no están en condiciones de hacerlo. Y lo grave, lo verdaderamente preocupante, es que no lo están cuando –para bien o para mal- se han activado los cambios institucionales orientados a demandarles que lo hagan. Así que, si García Ramírez tiene razón, en unos años, analizando las sentencias futuras de los jueces presentes, en México, alguien tendrá que escribir un libro intitulado *La Constitución en crisis*.