



Freddy Domínguez-Nárez

*Virtud y mal
de la justicia
constitucional*



Freddy Domínguez-Nárez

Virtud y mal
de la justicia constitucional

Freddy Domínguez-Nárez

*Virtud y mal de la justicia
constitucional*



Universidad Juárez
Autónoma de Tabasco



Jurídica & Law Press

Esta investigación, arbitrada por pares académicos, se privilegia con el aval del Consejo Académico Editorial de Jurídica & Law Press y de las instituciones coeditoras: CRICCAL de la Université de la Sorbonne-Nouvelle Paris III y la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Primera edición: diciembre de 2017.

ISBN: 978-607-606-444-3

© Jurídica & Law Press, 2017

© Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2017

© Freddy Domínguez Nárez, 2017

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio electrónico, químico, audiovisual, mecánico, óptico, satelital o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

www.juridicalawpress.com

Impreso en México

Printed in Mexico

CONSEJO ACADÉMICO EDITORIAL

GUY MAZET

Conseil national de la recherche scientifique-Francia

JEAN-RENÉ GARCÍA

Université Paris-Sorbonne-Cité XIII

HERVÉ LE CORRE

Director del CRICCAL-Université

de la Sorbonne-Nouvelle Paris III

ALFREDO ISLAS COLÍN

Sistema Nacional de Investigadores-CONACYT, nivel III

NATHALIE LALISSE-DELCOURT

Université Nanterre, Paris X

CONTENIDO

EL MUNDO Y EL FIN INVISIBLE DE LAS LIBERTADES.....	11
LIBERTAD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL MUNDIAL.....	31
PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN REGÍMENES AUTORITARIOS Y DEMOCRÁTICOS.....	105
EXCURSO SOBRE LA CONCEPCIÓN Y FENOMEOLOGÍA DE LA JURISPRUDENCIA.....	128
LITIGIOS CONSTITUCIONALES EN LA SUPREMA CORTE.....	164

EL MUNDO Y EL FIN INVISIBLE DE LAS LIBERTADES

Debemos a Giordano Bruno la posibilidad de considerar que el sentido y el contenido de las libertades son determinados por el nivel lógico y, por lo tanto, por las sombras de las ideas. Según Bruno la realidad tiene un nivel metafísico donde se encuentran las ideas; un nivel físico donde se ubica el vestigio, y un nivel lógico, dimensión de las sombras de las ideas.

Las libertades, fuera de la filosofía, no son precisamente un ámbito de realización de la felicidad y de la voluntad de cada persona sino que cada libertad es en sí un pequeño programa de *self-restraint* diseñado por otras ideas que, como dice Bruno, pertenecen a las sombras. Lo lógico es para de las ideas y de las libertades (una idea

creativa es una libertad en sí misma) el mundo del absurdo pues las cosas pueden tener un sentido contrario al que nuestro raciocinio percibe sólo porque así lo determina la lógica. Un argumento cinematográfico de un clásico de Ingmar Bergman es revelador: sólo el miedo *y la lógica* imponen límites. Sin embargo la educación y el concepto de razón que conocemos nos dicen lo contrario, que la lógica es la recta razón, la cual implica el bien y la justicia, y que esto sucede dentro de lo lógico. Pero hay muchos límites y pantanos en esa dimensión de lo lógico.

Uno de ellos, que acota las libertades, es el tiempo político en la historia. Entonces el comienzo será la pregunta: ¿El tiempo político se vuelve historia? El tiempo político es un tiempo fuera del tiempo humano, más acelerado, más impreciso, más ilógico, pero es un tiempo organizador fuera del tiempo de la razón, del tiempo de la verdad y del tiempo creativo.

La historia también lo es, y en su aceleración y aceptación de lo ilógico (las verdades que no lo son) termina por ser imprecisa: la historia no devela la verdad en estado puro sino contaminada por el tiempo político, es decir, por la conveniencia de las élites en el poder o del Estado.

Además tampoco crea la posibilidad de ser fuente de nuevos sucesos ni de ser registro de

nuevos acontecimientos: la historia es rehén de las leyes de la historia porque la lógica, el sentido y los objetivos de la conducta humana y de sus ideas son siempre, metodológicamente, las mismas, y producen los mismos escenarios, los mismos efectos, y los mismos ciclos. Desde luego esto no es novedoso, Maquiavelo y Marx lo vieron con claridad hace algunas lunas.

Por eso el tiempo político se vuelve historia pero no es *tiempo* pues el tiempo es la dimensión de la creación, sin unidades contables de un transcurso de punto a otro punto: no hay horas, ni días, ni meses, ni años, simplemente *es* en un flujo permanente.

Evidentemente no consideramos aquí la noción simplista de que el tiempo nace con la historia, es decir, que del momento en que se comienza a guardar el rastro de los acontecimientos se activó la noción y la lógica de un *transcurso* que muchos también llaman *tiempo*.

El tiempo político no empalma con la noción de tiempo tal como lo consideramos aquí, es decir, desde la perspectiva filosófica y del arte.

La percepción y el sentido del tiempo no está en los rastros a través de los cuales nos damos cuenta que ese concepto del deterioro al que llamamos tiempo está avanzando (degeneración de nuestras células, envejecimiento de los objetos,

rotación de la tierra, acumulación de polvo en los estantes, libros leídos y ya olvidados o coleccionados en nuestra nostalgia) sino que la verdadera concepción es otra, filosófica y mítica, que es lo que al fin de cuentas componen la verdad. Así, la percepción del tiempo y del tiempo político que se nos devela naturalmente no se relaciona con eventos cronológicos sino con categorías. Tiempo: humanismo, tiempo político: razón instrumental, sistemas de integración, control o exclusión, intereses, dogmas, egos. De hecho la figura del político, pieza clave del tiempo político, en sí es efímera, su sensación de inmortalidad es una vertiginosa ambición de eternidad. El tiempo es una dimensión contradictoria con la práctica política porque ésta no incluye a la filosofía ni a la percepción de las ideas, del sentido del lenguaje, ni de la sensibilidad. La contradicción se revela en la cuestión entre el saber político (astucia, arte de la manipulación) y el saber humano (tiempo y sentido común). Además están la cuestión del cinismo que en política incluye a la crítica del poder como un instrumento más de proyecta una imagen y un mensaje que no es regido por el sentido común sino por el sentido de los intereses. Y la cuestión pragmática, justificadora de las traiciones, de las distorsiones de razonamientos y de las lógicas, así como de las

conductas amorales que tejen a la política. Este pragmatismo vive en otra contradicción que la alimenta y es que mientras la Constitución es un documento de moral pública (aunque esta percepción, filosófica, es sustraída en todo discurso político porque simplemente nadie que esté entretenido en la lucha política, en el espectáculo político, o en la manipulación política la entendería o la quisiera entender, antes bien, desnaturalizaría el sentido cínico finamente tejido por los actores políticos) las conductas de los cuadros políticos son amorales todo el tiempo, es decir, en una dimensión donde los diez mandamientos, las leyes, los principios constitucionales, el contenido y sentido de las libertades, y los derechos humanos no son delineadores del campo político ni de las ambiciones políticas. La amoralidad es la neutralización del sentido de lo moral, es decir, de lo que mantiene en pie todo el edificio de la verdad humana. La última cuestión de la contradicción entre tiempo y tiempo político es el de la razón, el razonamiento, la racionalidad y las razones. Mientras que el humanismo tiene una relación con el tiempo circular, lineal, cíclico, ciberespacial, abstracto y con la dimensión misma de la atemporalidad, el tiempo político es concreto y vacío de sentido. La atemporalidad es donde suceden las creaciones artísticas, en el mo-

mento en que el artista o escritor crea una obra pero también en el momento en que el espectador o el lector crea otra obra al contemplarla o leerla pues cada uno es una percepción que al percibir, crea. Esto no sucede en el tiempo político para quien la atemporalidad sería la negación misma de todo el negocio político: la noción de tiempo es el hardware que necesita para que ocurra el software de las manipulaciones y limitaciones de las libertades, que al final de cuentas, el rastro que queda de la política. Aquí la razón, el razonamiento, la racionalidad y la razones son simplemente formas llamativas, legitimadas, de llamarle a las maniobras que sustancian el objetivo de la política, es decir, el poder.

El mundo y el fin invisibles de las libertades se diseña por la política y su efecto es lo que llamaremos aquí la *razón liquidacional*. Se apoya en el error interesado, en sistemas de pensamiento, en sistemas de definiciones de ideas y conceptos para establecer qué se debe entender por el sentido y contenido de las libertades y fuera de eso está la sinrazón. Al deconstruir este programa, nos dejaría ver una historia natural del poder contemporáneo. La razón liquidacional es una dimensión fuera de la Ilustración y de la Contra-ilustración. Tal vez sea el aporte de no historia, de la ahistoria, o de la política que sucede fuera

de la historia, en el mundo de los crímenes secretos. Estas son las nociones válidas por encima de la del fin de la historia presentada por Fukuyama a fines de los años ochenta del siglo XX. Hay espacios de tiempo político, *lapsus* políticos que son acontecimientos y que se presentan como historia *política*, es decir, un *facebook* de sucesos legitimadores del poder. Todo lo demás, relacionado con la política y el poder, pasa fuera de la verdad por su banalidad. Y esta noción es retomada por el poder para incluir como banalidad el fin invisible de las libertades. Pero también hay otro fenómeno: esa historia política oculta además los *sucesos históricos de la verdad*.

El programa de la razón liquidacional busca dismantelar el humanismo. Es la fase final de un largo proceso que comenzó en la economía hace varias décadas al ser desplazado el Estado social por el Estado neoliberal. De hecho son éstas políticas económicas las que promueven los mecanismos de la razón liquidacional pues a la creación y la libertad espiritual del arte se exige rendimientos y plusvalías económicas de todo lo que se invierte en educación. La cultura queda relegada de esta ecuación puesto que no es lucrativa a gran escala (en términos económicos pero también de control) como puede serlo, por ejemplo, un invento en la ingeniería o en la medicina.

La razón liquidacional cierra las posibilidades de florecimiento y destruye la cartas de naturalización en las universidades y colegios de la poesía, del sentido filosófico de la vida, y del arte. Desde la década del dos mil tanto el presupuesto para investigación y becas en el área de humanidades, particularmente en literatura y filosofía, se redujeron drásticamente. Incluso en Francia, donde las artes, la literatura y la filosofía han tenido un lugar preponderante en la educación nacional, los franceses han visto su sentido de la vida y del mundo ser escamoteados y desmantelados sin pausa. Al igual que en México, Estados Unidos y muchos otros países del mundo el presupuesto para investigación, publicaciones y congresos en el área de humanidades ha casi desaparecido en favor de las ciencias exactas y experimentales, las áreas técnicas y financieras. Incluso las ciencias políticas, el derecho, la sociología y la psicología han quedado casi reducidas a los cursos universitarios. Durante el 2016 en Francia se hizo una reforma para alterar la ortografía del idioma francés y simplificarlo en su pronunciación y su forma de escribirlo. Esto no solamente desnaturaliza la lingüística sino que socava el complejo filosófico e histórico que acompaña a cada palabra. El francés, como pocas lenguas, es un idioma que en la gramática guarda registro vivo de

siglos de evolución de cada palabra, de sus sentidos y de la precisión en la estructura sintáctica en que se desenvuelve dentro de la musicalidad del idioma. Otra reforma también socavó la enseñanza del latín y de la literatura clásica en los liceos, cosa que ya había sucedido en Japón el año anterior donde las áreas humanistas fueron extraídas de los programas de estudios. En Querétaro, México, la derecha gobernante puso en venta las casas de cultura y las bibliotecas debido que a “sólo captan 500 usuarios al mes” y no justificaba el presupuesto. El auge del libro electrónico tiene también un objetivo aparentemente invisible: leer un libro en una computadora, con el efecto individualista que esta operación significa, y con la fuente de desconexión intelectual que ofrece el internet al que todo usuario de computadora está ligado, incluye la ganancia de que quien lea libros electrónicos no tendrá energía ni la visión de discutir ideas y mucho menos de organizarse para defenderse. El libro impreso es subversivo, el libro electrónico es involutivo para el ser y el pensar. El libro impreso tiene el germen de una aportación cultural, el libro electrónico el de un simple acceso a la información, la cual no puede hacer una aportación cultural si se ata al lector a una “lógica de las redes sociales” en la que la felicidad individual es suficiente

y en la que el sentido de la libertad comienza y termina en su capacidad de encender y apagar una tablet o una computadora.

La razón liquidacional tiene un programa de desmantelamiento y desincorporación cultural pero también se apoya en el error interesado. Éste se ha elevado a un mecanismo de poder. Lo más seguro es que siempre ha formado parte de los mecanismos de poder solamente que no lo concebimos bajo este nombre. El error interesado va distorsionando la noción de conceptos de vida, de ideas políticas, de percepciones artísticas y filosóficas, en el interés de modelar un esquema de control. A veces es más sutil: implica pensamiento, de izquierda y de derecha, sucesos de la historia, que no corresponden a la verdad, pero que serán considerados así para siempre, como parte de la dialéctica política y la dialéctica de la historia. Una vez ingresado en los sistemas de pensamientos los errores interesados pasan a ser la verdad y a desplazar a la verdadera verdad. Eso desde luego nos pone frente a la tremenda ironía de la razón liquidacional que busca destruir las humanidades, especialmente la poesía y la filosofía. Pues para que sus esquemas individualistas de control se asienten en las mentalidades es necesario que cosas como el fin de la enseñanza del latín, del presupuesto para

humanidades, de la enseñanza misma de humanidades en los programas de estudio, aparenten ser una filosofía de vida. Los seres humanos, por muy banales y simplistas, respondemos a ideas del mundo y de la vida, y a partir de ahí nace el resto de lo que somos. Es decir, respondemos a la filosofía. El asunto es que la razón liquidacional y el error interesado “crean” una “filosofía” de la eficacia (y que ya ni siquiera contiene al *progreso* como objetivo) para lograr la armonía de un sistema de dominación. Esto no es sorprendente: los sistemas de pensamientos son políticas de poder. Esos sistemas, de dominación y de pensamiento, no siempre tienen fisionomía autoritaria y, desde luego, tampoco se pronuncian abiertamente por el fin de las libertades. Pero sí pronuncia en los individuos un mundo invisible donde no caben las libertades sino una idea acotada de lo que son las libertades, de cómo debe concebirlas el individuo y, sobre todo, de cómo debe vivirlas. Hay que recordar que la aparición de las computadoras PC de Macintosh en los años ochenta fue publicitada y realmente percibida así por el público, como una liberación del control de la IBM sobre el incipiente mundo de las computadoras. Ahora cada persona podría ser libre con este otro modelo, con softwares más accesibles y funcionales para la vida cotidiana, y el ejercicio

de la libertad individual sería pleno. El tiempo se encargó de mostrar que, a partir de la aparición del internet, esta falacia quedaría expuesta, y que son los usuarios los que fueron penetrados por el mismo Big Brother que la publicidad de Macintosh destruía en su campaña publicitaria de 1984, en referencia a la novela de Georges Orwell.

Incluso las democracias más armónicas tienen un núcleo de poder y de dominación necesarias para la gobernabilidad y para la reproducción de las élites en el poder. Así el error interesado contiene variables como sistemas pragmáticos, sistemas de pensamiento, núcleo de poderes más o menos democráticos o autoritarios, gobernabilidad, y reproducción de la élite en el poder. El error es un diseño sofisticado que puede ser introducido mediante procesos complejos y definitivos, incluso a través de una revolución en todo un país, con el fin de dar paso a la continuidad de una idea de poder y de intereses de lo que podemos llamar contra-Estados, es decir, estructuras de las élites financieras capaces de modelar o remodelar un Estado, ponerlos en contra de los fines mismos de un Estado, y aparentar ser ajenos a ello. Eso implica la no existencia de la nada política, que es el abismo al que huye todo político. La nada política es la negación no del

zoon politikon sino de los sistemas de poder y de sus dos dimensiones principales: el pensamiento político y el error interesado.

Sin embargo el fin de las libertades implica desentrañar la pregunta de si hay un sistema de pensamiento que no sea parte de un sistema de control o de exclusión, como advierte Foucault. Si hay un sistema de pensamiento que sea, esencialmente, libre. Incluso la principal acusación de la Contrailustración hacia la Ilustración fue precisamente que ésta ocultaba en realidad un cambio en la concepción del dominio, la superposición de una idea de poder arcaica por otra moderna, funcional, que previniera que el proceso de la conciencia política no tomara desprevenidos a ningún interesado. Esa acusación implica que el sistema de pensamiento de la modernidad, cuyo programa admiramos y que promueve aún luchas políticas importantes en su mística, no era otra cosa que un sistema de control y de exclusión, pertenecientes a una *historia natural del poder*. Incluso los poderes constitucionales y el poder de una Constitución se inscriben esa historia natural del poder, que es su verdadera termodinámica. Si hacemos aquí un esbozo para construcción de la historia natural del poder, donde historia es buscar la verdadera verdad, estableceríamos en principio una dife-

renciación con la historia del concepto de poder, de la historia de los sistema de poder, y de la historia de la ingeniería del poder. Esa historia natural del poder contemplaría 1] los componentes esenciales del poder (egoísmo, ambición, amoralidad, mezquindad, traición, manipulación, conspiración discursiva y conspiración estructural), 2] la genealogía e ingeniería de la conspiración contra el mismo poder de diversas élites, contra la sociedad, la verdad y las libertades), 3] la cuestión de la moral, la moralidad y la razón pública, 4] la constitución de la selección en términos de exclusión, represión, reclutamiento y limitación, tanto de los individuos, los proyectos políticos y de las libertades. Los sistemas de poder, además, siempre se han beneficiado de todo aquello que resiste, porque lo que resiste apoya. Y esto incluye la noción de que todo sistema de pensamiento es parte de ese axioma salvo la poesía y las artes.

El estudio de esta historia natural del poder nos revelaría si el mundo y el fin de las libertades no ha estado acaso planteada desde el principio del pensamiento, y que todo lo que hemos discutido en los últimos dos mil quinientos años no ha sido una fantasía de pensar que, al menos, ha estimulado sensaciones de libertad y hasta de libertinajes cuajadas precisamente en la literatu-

ra, y que nos ha hecho felices, ¿pero no es, el ser felices, la finalidad de lo que llamamos libertad? Frente a eso queda el sentido de la razón liquidacional: el mundo de las libertades está condicionado en nuestra época, más que ninguna otra, por la noción de fin de la historia como fuente de humanismo, que aunque superada como discusión filosófica es un dogma vigente, invisible, del fin de las libertades.

*

¿Cuál es el trasfondo filosófico de la razón liquidacional? Podemos deconstruir la estructura de la dimensión en que sucede en lo que llamaremos los cuatro puntos cardinales de la realidad: la conciencia, la historia, el individuo y la verdad. La realidad es la búsqueda de una explicación de lo que constituye la vida, pero también el intento de estigmatizar esos elementos constituyentes: el mundo tiene varias realidades que se especifican por su intensidad, su dinámica y su fertilidad.

Todo puede empezar en la cuestión de si en nuestra época predomina el *sentir* o el *interpretar*. Las posibilidades de vida que nuestro tiempo ha ido imponiéndonos se describe más bien, po-

niendo a la inversa esa sentencia: la modernidad (del fin de siglo) plantea a nuestros modos de vida situaciones *que ya no sentimos sino que sólo interpretamos*. La interpretación es en nuestros días la fórmula de la razón. Cuando todo está dicho y casi descubierto, las disertaciones y los modos de vida fundacionales, vírgenes, no existen. Al no haber posibilidad de originalidad los espíritus se diluyen en la ansiedad. Las épocas, y con ellas las modernidades de cada época, se establecen en la historia con lo que Malraux señaló: lo que no encuentran en el pensamiento, lo buscan en la acción. Pero nuestra época sólo interpreta, a veces sin pensamiento, y pocas con acción. Y la originalidad en la interpretación también se está agotando: vamos entrando a un estadio donde lo que importa es interpretar las interpretaciones, y donde el sentir es una situación física antes que una situación espiritual.

Historia e individuo vuelcan sus dinámicas en el presente. Y el presente es distinto en cada una de estas categorías. En la historia el presente tiene un futuro y obviamente, un pasado. Las moralidades y las consideraciones de vida cobran una existencia meta-real, porque no sólo son realidad en el presente de una forma dinámica, sino lo son también en la historia, como pasado, de una forma estática. El Presente del Individuo

por el contrario, es volátil: está y no está, desaparece con el instante que se apaga y se inscribe en la intrascendencia. No hay siquiera posibilidad de construir una historia privada a partir de ese presente donde sólo importa “matar el tiempo”, dejar que se escurran los días, tramitar la felicidad por medios consumistas y económicamente posibles. La percepción del tiempo (propia de una época donde las distancias terrestres están en la conciencia del individuo, y donde la sensibilidad es notable porque la vida se hace con los otros, y no a partir de los otros) individual, comercial, y social, una vez perdidas, elimina del presente del individuo su futuro y su pasado. Inutilidad congénita que no ha surgido sino para hacer crecer el árbol genealógico de la inutilidad. El hombre se enfrenta a su lenguaje, o mejor dicho, rehuye a su lenguaje, a su alfabeto, a su expresión oral y corporal, para concentrarse en su expresión comercial. Aún cuando todo (o casi todo) está descubierto e interpretado, aún cuando todas las interpretaciones estén siendo también interpretadas, nada ordena un nuevo sistema donde los espíritus posean un presente digno de historia; ningún lenguaje explica el fondo y la forma con consistencia, ninguno deshace la inutilidad primigenia.

Esto nos lleva a los otros dos puntos cardinales

de la realidad. La verdad y la conciencia también difieren en el Individuo y en la historia. Es el doble camino que sigue nuestra conciencia: *la inclusión de los otros y la exclusión por los otros*.

Dentro de la historia la inclusión de los otros se determina a partir del observador, del que escribe la historia, pero también del que hace esa historia.

Los otros conforman la sociedad, el grupo, la “gente”, forman parte y —sobre todo— produce esa virulencia del mundo.

Sin embargo ese hacedor o escritor de la historia que busca producir conciencia y hacer la verdad a través del tiempo, también es visto por cada uno de los que conforman a “los otros”, como parte y productor de la virulencia.

Es la exclusión por los otros lo que realmente constituye la historia. El individuo no consigue *la ni su* espiritualidad. La riqueza de la realidad es obstruida por la inutilidad individual, y no por la inutilidad de la realidad.

El punto cardinal de la verdad puede empezar con esta reflexión de Cioran en *De l'inconvénient d'être né*: «Ne jamais s'évader du possible...»¹ No evadirse de lo posible es la consigna de la inteligencia: ella está ahí para hacerla cumplir al hombre. Uno olvida nacer en el momento en

1 “No evadirse jamás de lo posible...”.

que la verdad se teje y se presenta abiertamente a través del rito religioso, del acto moral, o del estupor social. Pero el hombre busca desamarrarse de la inteligencia, que puede definirse con el verso de Gorostiza: una “soledad en llamas”. Busca desatarse porque el hombre es antes que todo individuo, y este individuo evita la soledad que lo enfrenta a él mismo y a su entorno; también rehuye las llamas de la reflexión, de la paciencia por saber el fondo de la impaciencia, y que solamente algunos se atreven a danzar en ellas. La modernidad que no permite sentir sino interpretar también se adjudica otra conquista demoniaca: el desinterés por la verdad.

La búsqueda de lo inasible es una obsesión sólo para quienes la verdad sigue importándoles después de la edad en que las emociones se convierten en intereses. ¿Fortuna o infortunio el que todo interés por la verdad cese a partir de un cierto momento? La tranquilidad y la intranquilidad son tan ambigüas que la respuesta varía en cada uno de los hombres. Pero queda sin embargo la cuestión de la verdad como categoría de lo definitivo. Ahí la ambigüedad se repite. Lo definitivo puede ser la aceptación de la verdad tal y como es, o sea, la verdad que existe a pesar de él. O bien lo definitivo puede consistir en la verdad buscada y encontrada, la realidad como una

“ebriedad de lo definitivo”, por usar la expresión de Cioran, donde la verdad es el punto central del compromiso del individuo con la historia y la conciencia.

La búsqueda de lo imperceptible contiene conciencia e historia, pero la verdad es resultado de una operación que no sigue escrupulosamente la lógica del razonamiento, porque a veces es completamente irracional. La búsqueda implica el interés del descubrimiento de lo elemental, de donde parten todas las cosas, donde elemental quiere tener —puede tener— el sentido de condición sine qua non pero también un sentido de composición de nuestra racionalidad y de nuestra capacidad de sentir. Si no es la búsqueda de lo imperceptible (que incluye a la verdad) es tal vez —deducido con lógica alquimista— la búsqueda pura del descubrimiento puro. Y el asunto de la verdad nos lleva al cuestionamiento que se hizo el primer hombre, y que se hace el último hombre.

1997 y 2016

LIBERTAD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL MUNDIAL

La justicia constitucional plantea dos cuestiones importantes en los sistemas constitucionales. La primera es su sentido respecto al poder político en sí, a sus influencias y compromisos recíprocos. La segunda es su sentido como poder —jurisdiccional y político— a través del derecho procesal constitucional y de los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte.

En este capítulo se abordarán los elementos generales de la teoría de la justicia constitucional, las cuestiones de la libertad en relación con su protección desde la perspectiva filosófica, el diseño virtuoso de un tribunal constitucional para asegurarle independencia y efectividad, y los mecanismos constitucionales a través de los cuales el poder autoritario penetra en los siste-

mas democráticos y en las democracias en consolidación.

EL SENTIDO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El sentido de la justicia constitucional es el de la custodia de la Constitución y de la libertad de los ciudadanos. Sin embargo en la realidad esa custodia se condiciona por la lógica del poder de los sistemas políticos, la cual está condicionada por los grupos que controlan el poder y no por razonamientos democráticos, lo que termina desvinculando en esos casos a la libertad de la Constitución.

Para el poder político la justicia constitucional es un instrumento tanto de control como de legitimación. En los sistemas presidencialistas donde las atribuciones constitucionales del presidente son demasiadas, el sistema político tiende a funcionar de acuerdo a una dinámica establecida precisamente por el presidente. En este caso, los tribunales constitucionales o la Suprema Corte —cuando tiene atribuciones de jurisdicción constitucional— se convierten en uno de los objetivos naturales de la élite en el poder para estructurarlos políticamente y no jurídicamente.

Estructurar políticamente el órgano jurisdiccional significa que desde la designación de los jueces o ministros la dinámica del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo se concentrará en diseñar un cuerpo colegiado jurisdiccional no como una función constitucional de esos poderes, sino como una lucha política entre las fracciones parlamentarias más poderosas.

De esta manera, la designación de los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte se configura como una negociación política en el Congreso.

Las fracciones parlamentarias son recipientes de las influencias de los partidos políticos, del Poder Ejecutivo, y de los grupos políticos que dominan el cabildeo en la Cámara.

Las fracciones parlamentarias más poderosas tendrán un mayor número de jueces o ministros afines a sus intereses. Solamente en los casos en que la designación de los mismos esté diseñada en la Constitución de manera virtuosa, es decir, que los procedimientos institucionales garantizan neutralidad, es que esos jueces o ministros pueden tener la oportunidad de asumir su independencia una vez designados por el Congreso.

Sin embargo hay otro caso, y se presenta en los sistemas políticos desarrollados, donde la estabilidad constitucional forma parte de la volun-

tad política, y no solamente de las reglas institucionales. Ahí, el consenso va en el sentido de que los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte desarrollen su independencia en un grado bastante aceptable como para mantener el equilibrio del sistema político.

Estos dos escenarios descritos representan también dos sentidos de la legitimidad política: en el primero, las fuerzas políticas más poderosas buscan influir en el mayor número de denominaciones de los jueces constitucionales o ministros para obtener legitimación a través de la justicia constitucional.

En el segundo, las fuerzas políticas tienen consenso respecto a la necesidad de fortalecer el sistema de justicia constitucional.

En este escenario la independencia de los jueces para garantizar la legitimidad del sistema político y no de sus intereses partidistas es esencial.

De estos dos sentidos de legitimidad el que prevalece en casi todos los sistemas políticos es aquel que enuncia el utilitarismo de las fuerzas políticas por hacer de los tribunales constitucionales o la Suprema Corte su fuente particular de legitimación o, en todo caso, de contención respecto a sus enemigos en la arena política.

Una constante en las sociedades respecto a la justicia constitucional es la “ansiedad colec-

tiva”² sobre los fallos en casos con implicaciones políticas. Esto quiere decir que la defensa de la Constitución y, consecuentemente, de los derechos constitucionales de los ciudadanos, fluye en la medida que ninguna facción o grupo de poder esté en riesgo de ser afectado.

Pero si esta situación es la que prevalece, la filosofía política liberal que subyace en la justicia constitucional es absorbida por el pragmatismo político al cual los jueces o ministros son muchas veces sensibles.

Evidentemente ese pragmatismo quiere decir negociación o imposición, generalmente del Poder Ejecutivo sobre el órgano jurisdiccional constitucional, es decir, del presidente sobre los jueces o ministros.

La interpretación constitucional es el instrumento a través del cual ese pragmatismo se manifiesta concretamente en las resoluciones jurisdiccionales.

Como veremos más adelante con detenimiento, los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte están en libertad de asumir las doctrinas de la interpretación constitucional para razonar sus fallos o llegar a ellos, pero

2 Ackerman, Bruce, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, en: *The Yale Law Journal, Yale University*, vol. 93, 1984, p. 1044.

también de no asumirlas y dar un fallo a modo. Ahí es donde se encuentra la debilidad de una Constitución. Llevados al terreno de la interpretación los preceptos constitucionales pierden su categoría de supremacía. La interpretación constitucional es el más poderoso instrumento para despojar de su espíritu a cualquier derecho establecido en la Constitución, y beneficiar a los intereses del poder.

El margen de incertidumbre inherente a toda Constitución —su diseño original es estático respecto al avance histórico de las sociedades, de los sistemas políticos, de las élites en el poder, y de las nuevas leyes— debido a las incongruencias constitucionales, lagunas, vacíos, o disposiciones obsoletas, confiere a los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte posibilidades de actualizarla y, en los casos que impactan al sistema político de convertirse ellos mismos en instrumentos políticos. Esto ocurre muchas veces desde su designación. Como bien sabemos la reproducción de una élite política en el poder depende de sus niveles de legitimación. Ahora bien, esa legitimación se alcanza por un lado, mediante diversos mecanismos de acción política, de acciones legales, y de acciones administrativas —políticas públicas, rendimientos técnicos y eficacia gubernamental. Por otro lado se alcan-

za mediante aquellas instituciones constitucionales que han sido diseñadas precisamente para permitir al grupo en el poder volver elásticos sus márgenes de legitimidad y/o contener los procesos constitucionales, políticos o sociales que los vulneren. La institución que imparten justicia constitucional (en cualquier nivel de democracia en un periodo corto o largo de su desarrollo) es una de ellas.

La incertidumbre de las Constituciones, cuyo acotamiento es función de la justicia constitucional, germina en el fondo la no neutralidad de los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte. En términos racionales convenimos en reconocer que es imposible pensar en una neutralidad absoluta de estos jueces o ministros. Los intereses públicos y privados de una persona no pueden disociarse de su función pública a menos que sea por un renunciamiento voluntario, el cual tiene que ver más con aspectos filosóficos y éticos, con los valores morales del individuo, o con su sentido de la libertad individual. Si convenimos esto tenemos también que convenir en que una institución encargada de la jurisdicción constitucional (con un cuerpo colegiado de decisiones, un origen no muy independiente — en general, los jueces o ministros son designados en todos los sistemas políticos por el Congreso

y el Poder Ejecutivo—, y una agenda temática político-constitucional) da lugar a intensas relaciones políticas entre ministros y jueces con la élite en el poder. En una institución jurisdiccional donde esto ocurre es imposible la neutralidad en los fallos donde no estén comprometidas esas “intensas relaciones políticas”. Solamente la voluntad política de la élite en el poder puede permitirles independencia y, dado el caso, neutralidad en los fallos judiciales al decidir no presionarlos, seducirlos, o subordinarlos apoyados en el procedimiento de su designación.

Pero este poder que tienen los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte de declarar ganadores y vencedores en los litigios constitucionales es convertido a veces por ellos mismos en un instrumento de influencia política. Esa influencia es directa e indirecta. Es directa cuando determinan la suerte política de la élite en el poder, pero también de los partidos políticos, de los actores políticos, o de colectividades. Es decir, tienen el poder para estabilizar o desestabilizar a los grupos de poder respecto a su capacidad gubernamental o su capacidad electoral. La influencia indirecta sobreviene cuando a través de la resolución de conflictos interinstitucionales de los poderes, de elecciones impugnadas, o de leyes violatorias de la Consti-

tución, devuelven al sistema político el equilibrio requerido por los grupos gubernamentales por una parte y las fuerzas de oposición por la otra. Ahí estamos en presencia de los tribunales constitucionales o la Suprema Corte como fuente de gobernabilidad del régimen.

Si observamos, los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte tienen el poder de cuidar la Constitución, de interpretarla, de ejercer el control abstracto y a veces concreto de las leyes, de despojar de su fuerza obligatoria cualquier ley que declaren inconstitucional, de establecer jurisprudencia no solamente con un valor positivo igual al de las leyes aprobadas por el Congreso sino muchas veces complementándolas o contradiciéndolas. Es el poder constitucional de un órgano jurisdiccional de lubricar el régimen político, el sistema político, y las fuerzas políticas (gubernamentales y opositoras) confeccionando *reglas constitucionales*.

Los jueces o ministros pueden no estar comprometidos con la filosofía democrática de su función, que es el único hilo de Ariadna que los mantiene dentro de márgenes aceptables de ética judicial. Pueden incluso estar bastante comprometidos con una élite en el poder. La norma constitucional que prevé una durabilidad en el puesto (generalmente de doce a quince años

o, en algunas Constituciones, de por vida) más allá de un periodo gubernamental les permite comprometerse con cualquier grupo que llegue al poder, sea de derecha o de izquierda, más o menos democrático, o francamente autoritario. Finalmente, es un puesto blindado por las Constituciones, justamente para asegurar que no sean destituidos por élites en el poder intolerantes al asumir su neutralidad. Solamente en regímenes autoritarios o hiperpresidencialistas, donde el Poder Ejecutivo puede manipular las vías constitucionales para nominar a los jueces o ministros están a expensas de la voluntad del hombre fuerte. Aquí las “intensas relaciones políticas” de los jueces o ministros con la élite en el poder se vuelven intensas necesidades políticas, y en la práctica el Tribunal Constitucional o la Suprema Corte están subordinados al Poder Ejecutivo.

LIBERTAD Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL LITIGIO FILOSÓFICO

En los estudios y discusiones sobre la justicia constitucional la verdad básica es que el control constitucional tiene como fin salvaguardar la supremacía constitucional y su efectividad. Sin embargo esos estudios tienden a ser discusiones

sobre la fenomenología procesal, las estructuras institucionales, la normatividad, y las funciones sistémicas. Se olvidan con frecuencia de mantener viva la discusión sobre el sentido de la cuestión esencial de una Constitución y su defensa, la libertad.

Si los Tribunales o Cortes Constitucionales no se ocupan de proteger la libertad humana, tanto en su sentido individual como en su sentido político, se reducen a un aparato orgánico del Estado. En la medida que los Estados democráticos liberales y los autoritarios aceptaron la doctrina de que el mercado mundial tiene como condición el pluralismo y la democracia, la justicia constitucional cobró un sentido político legítimamente. Pero eso no significa que en lo esencial la justicia constitucional sea concebida por esos Estados liberales como garante y generador de libertad. En cualquier régimen político la libertad es una moneda política y una moneda de poder. Si el espíritu de la justicia constitucional es salvaguardar la libertad a través de los preceptos constitucionales liberales, no es así respecto a las instituciones, las estructuras, el personal judicial, los procedimientos, los procesos constitucionales, y los fallos judiciales. Éstos pueden estar acotados por el poder político, o contaminados por un self-restrain nocivo de los jueces que, como

vimos, puede estar relacionada con sus intereses políticos personales. Aquí la libertad no tiene ninguna posibilidad de ser salvaguardada.

La interpretación sobre el sentido de las libertades en una sociedad determinada, en un tiempo histórico determinado, tiene más relación con el tipo de régimen o de élite que dicte los aspectos racionales del derecho en un país determinado, que con la razón filosófica y el sentido común.

El sentido común es difícil de ser evocado como argumento jurídico en defensa de la libertad, pero en cambio, es muy fácil pasarlo por alto para legalizar su transgresión. De ahí que el papel democrático de la justicia constitucional en un Estado liberal democrático, o en un régimen de pluralismo ilimitado sin efecto (que es un tipo sofisticado de autoritarismo, como el caso mexicano), tenga su contrapunto en la falacia de la defensa de las libertades. Eso es lo que vamos a discutir aquí.

Si la justicia constitucional es un concepto jurídico, su sentido es una cuestión filosófica: se trata de la defensa de la libertad, bajo cualquiera de sus rubros, para el bien común y la felicidad del individuo.

Su materialización en el sistema constitucional es la clave de su falacia respecto a esta pre-

misa: los jueces y las estructuras burocráticas y normativas que dan dinámica a la justicia constitucional nos renvían a una situación pragmática donde la neutralidad de los jueces y el espíritu filosófico de los conceptos de libertad desaparecen.

Cuando el nivel de desarrollo político y económico de un país no es alto, éstas estructuras judiciales tienden a sentirse parte del aparato del régimen. No está demás recordar lo que indicaba Weber sobre que la empresa política es una empresa de intereses.³

En ese sentido, si la estructura judicial (todo o parte del Poder Judicial) no es parte del régimen desde su origen (digamos la selección de los magistrados, jueces o ministros de la Suprema Corte), entonces las élites políticas (generalmente del Poder Ejecutivo) procurarán crear alianzas, compromisos y reciprocidad con ellos.

Esto impactará en los niveles de justicia de los fallos en ciertos litigios, y de manera esencial, en el sentido y contenido de la libertad.

Si esto es así, ¿cuál es el contenido de libertad que asegura la justicia constitucional en los sistemas democráticos liberales donde el mercado y la economía determinan los factores de gober-

3 Weber, Max, *Le savant et le politique*, París, Plon, 1994, p. 164.

nabilidad? ¿Las libertades básicas son defendidas de manera permanente y a la misma intensidad en todos los juicios constitucionales? ¿O esa intensidad y compromiso con el espíritu de la Constitución son selectivos, coyunturales, por parte de los jueces? Esto último lo es sobre todo en los sistemas políticos altamente conflictivos, donde los conflictos son el reflejo de la erosión democrática, y la lucha entre sectores que controlan y sectores que no se dejan controlar.

Libertad y jurisdicción constitucional

Ahora examinaremos el sentido de la libertad en el escenario de la justicia constitucional. Mill, Berlin y Rawls, han discutido acerca del significado y la esencia de la libertad.

Deconstruyendo las diversas variables de libertad nos han mostrado que, por un lado el bien no puede concebirse sino como justicia, y por el otro, que la libertad no tiene absolutamente nada que ver con lo racional, que es precisamente el concepto más influyente de la Ilustración.

Estos autores también analizaron cómo la libertad es un concepto moral que sostiene todo el aparato conceptual de lo político en su dimensión inmoral.

De manera que el nexo entre libertad e historia o libertad y justicia, tiene que ver más con el poder político dominante que con la igualdad y el pluralismo liberal. Las argumentaciones de este análisis tienen tres vertientes. La primera nos es dada por Mill al exponer lo que llama “la razón propia de la libertad”, en su célebre ensayo Sobre la libertad.

Expone tres dimensiones de esa razón: La primera es la libertad de conciencia (de pensar y de sentir); la segunda es la “libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines”; la tercera, es la libertad de asociación.

Una vez de acuerdo con este planteamiento de Mill, pasamos a la segunda vertiente, que nos es dada por Berlin en su explicación de lo que llama “la doctrina positiva de la liberación por la razón”. Aquí entramos a la discusión sobre las consecuencias de otorgarle virtud a la razón y a lo racional, porque no es necesariamente el camino ni la garantía para la libertad.

El planteamiento de Berlin nos dice que la doctrina del contrato social expuesta desde Rousseau y que rige las sociedades actuales indica que “sólo la irracionalidad de los hombres es la que les lleva a querer oprimirse, explotarse o humillarse unos a otros. Los hombres racionales respetarán, en relación con el otro, el principio

de razón y les faltará todo deseo de luchar o dominarse entre sí”.⁴ Ésta es también la doctrina del derecho positivo y de los sistemas constitucionales del Estado democrático liberal.

La libertad, lejos de ser incompatible con la autoridad, se convierte virtualmente en idéntica a ella. Estos son el pensamiento y el lenguaje de todas las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII y de todos aquellos que consideran a la sociedad como un modelo construido según las leyes racionales del sabio legislador, o de la naturaleza, o de la Historia, o del Ser Supremo. Prácticamente solo, Bentham seguía repitiendo tenazmente que no era de la incumbencia de las leyes liberales sino restringir: “Toda ley es una infracción de la libertad”, incluso si tal “infracción” lleva a un aumento del total de libertad.⁵

Sin embargo esta doctrina que modernizó a las democracias occidentales contiene el dogma de la liberación, no a través de la religión o de los conceptos del derecho natural, sino de la razón. ¿Pero qué sucede cuando una persona o grupo de personas se sienten con el derecho de ejercer la “sabiduría racional” para suplir las deficiencias de los que no pueden tenerla?

La supremacía de la razón no existe en estado puro sino como teoría. En la práctica “es el argumento que emplean todos los dictadores, inquisi-

4 Berlin, Isaiah, *Liberty : incorporating Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 231 [382 p.]

5 Ibidem.

dores y matones que pretenden alguna justificación moral, o incluso ascética, de su conducta”. Entonces la libertad es un concepto enarbolado tanto por los defensores de la libertad como por los defensores del autoritarismo. Berlin es más conciso al decir que esto

es precisamente aquello contra lo cual más amargamente protesta la moralidad kantiana y estoica en nombre de la razón del individuo libre que sigue su propia luz interior. De este modo, el argumento racionalista, con su supuesto de la única solución verdadera, ha ido a parar (por pasos que, si no son válidos lógicamente, son inteligibles histórica y psicológicamente) desde una doctrina ética de la responsabilidad y autoperfección individual a un estado autoritario, obediente a las directrices de una élite de guardianes platónicos.⁶

El desarrollo de la historia terminó por invertir los resultados pragmáticos de la doctrina de la Ilustración, es decir, de “la liberación por la razón”. Quien tiene el poder de ejercer la razón e imponerla, puede incluso hacer pensar que en realidad su papel es consensarla y proponerla, mediante mecanismos de control, propaganda o negociaciones. Aquí la lógica de las políticas mundiales para las sociedades contemporáneas juega un papel importante. Dependiendo a dónde quieren llegar los poderes económicos fácticos, las negociaciones tenderán a “proponer”

6 Ibidem.

una razón o a hacer aceptar la racionalidad que les conviene. Desde este ángulo, la justicia constitucional, constreñida a la doctrina de la razón, no es sino una de las fuentes de la arbitrariedad. Evidentemente no hablamos aquí de los litigios constitucionales que en una democracia liberal consolidada no serían capaces de ir contra lo básico de las libertades básicas. La arbitrariedad sobreviene en el momento que los litigios constitucionales tocan asuntos complejos donde “la empresa política es necesariamente una empresa de intereses” (Weber). Estos asuntos complejos pueden ir desde un retorcido litigio sobre cifras y actas electorales hasta los vacíos, incongruencias o contradicciones en reglamentos institucionales, leyes, o en la misma Constitución. Y en estos últimos puede suceder que incluso las libertades básicas, más allá de lo básico de las libertades básicas, puedan convertirse en una fuente de ilegitimidad o de destrucción de la empresa política-empresa de intereses, en la forma de un gobierno, de una élite económica, o de un régimen político. Por ejemplo, siguiendo a Mill, la libertad de conciencia, la libertad de determinación o la libertad de asociación, se puede convertir en un asunto de sobrevivencia política de la élite en el poder. En ese momento la maquinaria de la empresa política cabildeará como empresa

de intereses en la estructura judicial, para que, a través del fallo de un litigio o litigios sobre esas libertades básicas, se proteja a los intereses del orden político establecido. Esto nos lleva a la tercera vertiente de la argumentación.

Esto podemos ubicarlo cuando Rawls analiza la jerarquía de las libertades, algo nada novedoso, pero que le sirve para indicarnos cómo ciertas libertades consideradas secundarias pueden llegar a ser fundamentales para las básicas, volviéndose así también libertades básicas: “una corriente de la tradición liberal considera que las libertades políticas tienen menos valor intrínseco que la libertad de pensamientos, y de conciencia y que las libertades civiles en general”. Esto nos remite a la cuestión de si la libertad individual puede darse sin la libertad política en un mundo globalizado donde la tecnología y la biotecnología ponen a discusión las dimensiones sociales, económicas y religiosas del individuo como tal, y como ciudadano. De hecho, su libertad está acotada por la tecnología aún cuando viva la ilusión de una libertad individual. Regresemos a Rawls:

El papel de las libertades políticas quizá sea más instrumental en la conservación de las demás libertades. Pero, incluso si este punto de vista es el correcto, no es un impedimento considerar ciertas libertades políticas entre las libertades básicas y protegerlas mediante la prioridad asignada a la libertad. Porque para que estas libertades sean prioritarias sólo

necesitan ser lo suficientemente importantes como medios institucionales esenciales para garantizar otras libertades básicas en las circunstancias de un Estado moderno.⁷

Si desde la perspectiva política y jurídica el acuerdo sobre la doctrina de la razón de la Ilustración es la esencia de las democracias liberales, desde la perspectiva filosófica los derechos humanos y la condición humana se ha vuelto más incierta. Rawls apunta que “el callejón sin salida al que ha llegado nuestra historia política reciente; a saber, que no existe acuerdo acerca de la manera en que las instituciones sociales básicas deben ordenarse, si han de conformarse a la libertad y a la igualdad de los ciudadanos como personas”.

De nuevo la cuestión se dirige hacia dos cosas: no existe acuerdo acerca de la manera en que las instituciones sociales deben ordenarse, ni acerca de quién decide, quién razona y quien diseña lo racional de lo que será la “libertad” y la “igualdad” en una sociedad. La justicia constitucional tiene que ver directamente con estos asuntos. Primero, con el orden de las instituciones sociales (y políticas desde luego) que actúen de manera coyuntural fuera de la Constitución, o que la Constitución aclare su posición respecto

7 Rawls, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 1995, pp. 277-278.

a una nueva situación histórico-social o histórico-político. Segundo, es la justicia constitucional la que deberá evaluar si el diseño de la racionalidad de lo que debe ser “libertad” o “igualdad” que todo régimen y sus élites tratan de imponer están dentro de la Constitución, más cerca de la moralidad estoica de Kant de la que habla Berlin que de la doctrina del contrato social donde la ley es igual a razón. Pero en esto último ya nos podemos estar preguntando quién hace la ley en un mundo globalizado donde los Estados responden a intereses de sus transnacionales más que a los de sus organizaciones sociopolíticas. Tercero, la justicia constitucional debe resolver la cuestión entre ciudadano y persona. Las políticas mundiales económicas prefieren la noción de ciudadano: un ente constitucional pero abstracto, acotado además en su descripción y en su ámbito. El ciudadano debe tener una edad mínima para ser reconocido como tal por la Constitución y sus derechos políticos, sociales y económicos, no son un cheque en blanco, sino que tienen que equilibrarse frente a obligaciones políticas, sociales y económicas, que la ley penaliza en caso de transgredirse. Acotamiento racional de la libertad en un esquema donde la libertad es la ley. La persona, en cambio, es una concepción universal tanto en el sentido histórico, en el senti-

do constitucional, y en el sentido posmoderno de globalización. La biotecnología no atenta ciertos derechos de los ciudadanos sino de las personas. En este sentido, la justicia constitucional registra la dualidad ciudadano-persona de un individuo. La libertad entonces deberá considerarse como un valor propio de la persona, no del ciudadano ahí donde los litigios constitucionales porten sobre las libertades básicas más allá de lo básico de las libertades básicas. Si justicia es el bien, el bien recae sobre la persona, con su físico y su conciencia.

La empresa política con la empresa de intereses que diseña lo racional no quiere entender esta singular dimensión. Hacerlo obligaría a considerar la libertad de un modo distinto a la que la cultura de la globalización ha impuesto en las últimas dos décadas. Obligaría simplemente a remitirse a que uno de los principios de justicia, como lo propone Rawls, se exprese de la manera siguiente: “Cada persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos.”⁸

El “esquema semejante de libertades para todos” es exactamente la antítesis de los dictadores

8 Op. Cit., p. 271. Véase también del mismo autor :
Théorie de la justice, París, Seuil, 1997, 665 p.

y autoritarios, pero también de los diseñadores de la racionalidad de la globalización que, a través de sus políticas mundiales, aíslan cada libertad, la cambian por la noción de participación en el uso de la tecnología y de la opinión sobre la biotecnología. Disecan las libertades en el aparato económico y financiero que condiciona a los sistemas políticos.

La persona no decide si participa o no, en uso de una libertad de determinación restringida, pues la verdadera decisión es tomada por los que mueven el aparato de vida que lo rodea, acotando de origen su libertad.

La afirmación de Mill en el sentido de que “La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándolo a vivir a la manera de los demás”, nos manda de regreso a la discusión sobre si la equivalencia entre ley y libertad del racionalismo ilustrado que modela a las democracias liberales es la doctrina ideal para este enunciado. Pero también nos remite al planteamiento del valor moral de la persona que Rawls expuso como una de las cinco clases de bienes primarios:

Las bases sociales del respeto a sí mismo: estas bases son aquellos aspectos de las instituciones básicas que resultan normalmente esenciales, si los ciudadanos han de tener un vigoroso sentido de su propio valor como personas para ser capaces de desarrollar y ejercer sus poderes morales y

promover sus metas y finalidades con plena confianza en sí mismos.⁹

La idea del bien y de la justicia ya no puede considerarse una cuestión general solamente en su concepción filosófica. También lo es en su concepción política y constitucional. Es general porque los Estados democráticos liberales y los autoritarios pluralistas han procurado avanzar hacia un modelo político donde el pluralismo es la fisionomía del Estado y el objetivo del sistema constitucional. El asunto aquí es que este objetivo no fue inspirado por el desarrollo del humanismo en los sistemas políticos sino por el desarrollo del libre mercado. La condición ideal para el libre mercado es un sistema político donde no haya polarización entre un gobierno y la oposición, entre sociedad civil y régimen político. Esto no favorece la estabilidad de los mercados. Mientras que la sola idea del pluralismo puede ajustarse perfectamente a la doctrina del triunfo eterno del liberalismo económico después de la caída del Muro de Berlín. Al menos en este sentido va el pensamiento neoconservador que declaró el fin de la historia hace poco más de veinte años: en el nuevo escenario internacional, donde el libre mercado regirá la vida de las naciones y

9 Op. Cit.

de las personas por la ausencia de los antagonismos ideológicos entre comunismo y capitalismo, basta con la condición del pluralismo para que un Estado pueda ser considerado demócrata y, por lo tanto, socio ideal en los bloques económicos poderosos (Unión Europea, Tratado de Libre Comercio, Mercosur, Mercado del sur asiático).¹⁰

Pero el pluralismo no hace la democracia. La dinámica del pluralismo implica la presencia de poliarquías más que de una diversidad de razonamientos y participaciones consensuales de ciudadanos y organizaciones sociales y políticas para tomar decisiones.

Las poliarquías son centros de poder. Y, como tales, pretenden diseñar la razón bajo la cual habrán de entenderse el contenido de justicia y de igualdad.

Para la doctrina del libre mercado y del fin de la historia no importa qué tan legítimo sea ese pluralismo de acuerdo a principios constitucionales, ni si las libertades básicas son o no acotadas por políticas públicas, políticas policíacas, o políticas de corrupción de un régimen.

Es suficiente con la pantalla de la diversidad interactuando porque finalmente la libertad no es ni la tesis central de esa doctrina ni el objetivo

10 Cfr. Fukuyama, Francis, *The end of history and the last man*, Nueva York, Free Press, 1992, p. 154 [418 p.]

central del sistema financiero de libre mercado, sino por el contrario, su anquilosamiento.

En este sentido la cuestión es: ¿la justicia constitucional protege mejor las libertades básicas o las libertades políticas? Por un lado, en el pluralismo de los Estados democráticos liberales el control constitucional es una referencia política: la Constitución litigable permite defender lo que hemos llamado lo básico de las libertades básicas, y las libertades políticas. Los derechos humanos son defendidos en gran medida, aunque la interpretación constitucional respecto a las libertades no escapa a la lógica de la empresa política como empresa de intereses. Por otro lado, la discutida legitimidad de los jueces constitucionales como ejecutores de la contramayoría democrática plantea una limitante básica de las libertades políticas: que un cuerpo colegiado de jueces no electos democráticamente deje sin efecto una ley o la declare inconstitucional antes o después de su promulgación (dependiendo del diseño constitucional de cada país), ha sido percibido desde hace mucho tiempo como un verdadero problema de la libertad que atenta contra el principio de la soberanía popular, es decir, el más exitoso concepto de libertad racional de la Ilustración.

La justicia constitucional protege mejor las libertades básicas que las libertades políticas. Las

primeras son una fuente prodigiosa de legitimidad tanto para los jueces constitucionales como para el régimen político. Sobre todo en una etapa de la historia donde la libertad de conciencia, la libertad de determinación y la libertad de asociación han demostrado que son el origen de la dialéctica política gracias a la cual se ha consolidado el Estado democrático liberal. También pueden verse otras situaciones. Una de ellas es la posibilidad de limitarlas sin que los mecanismos de limitación deban pasar por el escenario político: la religión, la tecnología, y uno de sus corolarios, la industria del entretenimiento, son tres enemigos naturales de la libertad.

Sin embargo hay que hacer una distinción respecto a los derechos humanos. Su significación invade la esfera de las libertades básicas y de las libertades políticas hasta el punto que todo asunto de derechos humanos es ya considerado un asunto político, con una tremenda capacidad de deslegitimación o de legitimación. También son un símbolo cultural que ha permeado la poesía, las artes, la novela, el teatro, la filosofía, y la música, y tiene un alcance extraordinario de resonancia en los medios de comunicación. De manera que la simplicidad de los derechos humanos, es decir la defensa de las características básicas de la persona engendra la compleji-

dad al pertenecer, en la concepción política de la sociedad y del régimen, tanto a la esfera de las libertades básicas y como de las libertades políticas. En este sentido, los jueces constitucionales están frente a un conjunto de poderes interesados en no ser deslegitimados, y que van desde las fuerzas armadas hasta el representante del Estado y/o del gobierno. Los derechos humanos son uno de los ámbitos donde la justicia constitucional es menos eficaz por las implicaciones políticas que a veces generan su violación. Esto es muy importante si nos detenemos a observar que por derechos humanos debemos entender precisamente lo que ya hemos dicho: las libertades básicas por un lado, y las libertades políticas, algunas de las cuales, en la concepción de Rawls, se convierten en libertades básicas.

Además, no todas las personas tienen acceso a la justicia constitucional, por lo tanto no comparten “un esquema semejante de libertades para todos”¹¹ en el caso que éste existiera. Pero el acceso a promover la justicia constitucional está reservado al núcleo institucional del sistema político. En Francia, el Consejo Constitucional puede conocer de los diversos juicios de los que se ocupa si son promovidos por el Presidente de la República, el Primer Ministro, y los presiden-

11 Rawls, John, Op. Cit.

tes de las asambleas parlamentarias. En Austria, la Corte Administrativa y la Suprema Corte de Justicia, los parlamentarios, los gobiernos provinciales, y la Corte Constitucional misma puede hacerlo de oficio. En Alemania, los litigios pueden ser promovidos por las autoridades centrales, por las regiones, o por los tribunales. En Italia, los litigios constitucionales deben ser promovidos por “toda autoridad integrada a la jerarquía jurisdiccional... y por toda autoridad situada fuera del aparato jurisdiccional desde que su función es jurisdiccional”¹²; los parlamentarios no pueden promover dichos litigios, como sucede en muchos sistemas. En España, en cambio, los diputados y senadores pueden hacerlo, así como el jefe del gobierno, los ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas y sus asambleas, y el defensor del pueblo. En México, las demandas de juicios constitucionales pueden ser promovidas —en el caso de las acciones de inconstitucionalidad— por los diputados y senadores, el Procurador General de la República, los congresos locales, los partidos políticos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos; asimismo, las controversias constitucionales pueden ser promovidas por la Federación, los estados, los

12 Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1992, p. 77.

municipios, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo federales y locales. Como podemos ver, si bien los ciudadanos pueden promover en algunos sistemas juicios de inconstitucionalidad de manera directa ante el Tribunal Constitucional, o de manera indirecta a través del amparo como en el caso de México y España, la mayor parte de la dinámica de los litigios está concentrada en el aparato institucional del sistema político.¹³

Ese intenso mosaico de convivencia y confrontación entre las instituciones y colectividades en litigio por un lado y los jueces constitucionales por el otro conlleva un grado de cohabitación informal que puede dar lugar a la promoción y desarrollo de las preferencias personales de dichos jueces. La eficacia de los Tribunales o Cortes Constitucionales, o de la Suprema Corte cuando tiene facultades de control constitucional, para salvaguardar las libertades, implica un grado de independencia de los jueces y un grado importante de neutralidad. Pero la neutralidad de los jueces constitucionales es endeble.

13 «Podemos hablar de la politización de los litigios cuando ésta funciona en provecho, no de casos individuales, sino de colectividades, de asociaciones, de ciertas personalidades de una minoría parlamentaria o incluso cuando la Corte Constitucional dispone, como en Yugoslavia, de un poder de auto-litigio». Philip, Loïc, « Les Cours constitutionnelles », en : Grawitz, Madeleine, Leca, Jean, *Traité de science politique*, París, FNSP, p. 432, vol. 2 [714 p.]

La justicia constitucional puede significar un referente de Estado, pues su función de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos de la autoridad también es la de actualizar la Constitución, volverla dinámica, y ofrecer a los ciudadanos y a las personas la posibilidad de litigar contra ella en defensa de sus derechos y libertades. Esto en sí es un principio importante de libertad política. El problema sobreviene por la naturaleza de los litigios, y las fallas de la justicia constitucional aparecen en el proceso de su dinámica que termina en los fallos constitucionales. Estos fallos constitucionales pueden llegar a ser ejemplos concretos de la creación de racionalidad por una élite (los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte) para imponer a los demás el sentido de lo que se debe interpretar como el contenido de la libertad. Es decir, los fallos terminan por decir la norma correcta, bajo la lógica racionalista de que “Forzar a los yos empíricos a acomodarse a la norma correcta no es tiranía sino liberación”.¹⁴

14 Berlin, Isaiah, *Liberty : incorporating Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 265.

CUESTIONES POLÍTICAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La concepción de la libertad que otorga la justicia constitucional resulta ser en gran medida una producción de racionalidad de los jueces constitucionales, y no siempre es acorde con la razón del bien y la justicia. Ahora veremos qué sucede en las inmediaciones políticas de la justicia constitucional y cómo la mejor forma de hacerla efectiva para la defensa de la libertad y el control constitucional depende de su diseño virtuoso.

La realización de la justicia constitucional tiene dos formas de presentarse en la estructura del sistema constitucional. Una es como Tribunal o Corte Constitucional, como es el caso de la mayoría de los países europeos. Otra es cuando una Constitución le da atribuciones de control constitucional a la Suprema Corte. En el primer caso estamos en presencia de un órgano jurisdiccional cuya característica esencial es su independencia de los tres poderes. La doctrina, la teoría y la práctica ubican a los Tribunales o Cortes Constitucionales por encima de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial cuya función es controlar la constitucionalidad de las leyes, de los actos de la autoridad, y de la dinámica política del sistema. Los Tribunales Constitucionales son “aquellas

jurisdicciones creadas para conocer de manera especializada y exclusivamente del contencioso constitucional situados fuera de la estructura del poder judicial ordinario e independiente de los poderes públicos, especialmente del poder judicial”¹⁵. Asimismo, es sabido que una de las funciones principales de estos Tribunales Constitucionales es la promoción y protección de los derechos fundamentales.

En el segundo caso, la Suprema Corte tiene jurisdicción constitucional pero esto no lo convierte en un órgano independiente de los tres poderes. En principio, la Suprema Corte es parte del Poder Judicial. Enseguida, la jurisdicción constitucional es muchas veces una más de sus jurisdicciones y no la única. Por último, los ministros de la Suprema Corte no están concentrados ni especializados en cuestiones de justicia constitucional pues deben atender asuntos diversos (penal, civil, mercantil, etc.).

Para que un Tribunal o Corte Constitucional lo sea debe cumplir con tres elementos básicos: independencia de los tres poderes, jurisdicción constitucional como única función, y jueces o ministros especializados en la materia. De ahí que, en cualquier país donde sea el caso, la Suprema Corte no pueda ser considerada sino una

15 Favoreu, Louis, *Op. Cit.*, París, PUF, 1992, p. 3.

institución con jurisdicción constitucional, y no puede ostentarse como Tribunal o Corte Constitucional.

Ahora bien, sobreviene la cuestión de cuál de las dos instituciones, el Tribunal Constitucional o la Suprema Corte, asumirá de manera más efectiva la protección de la libertad, en los términos que hemos discutido arriba. La independencia de un Tribunal o Corte Constitucional respecto a los tres poderes nos lleva a afirmar que son éstos los que están más facultados a ejercer la jurisdicción constitucional con más sentido de igualdad y democracia hacia los ciudadanos y las instituciones.

La Suprema Corte, en cualquier sistema donde sólo tenga atribuciones de jurisdicción constitucional tiene el límite congénito de pertenecer al Poder Judicial. Esto indica que en un litigio constitucional que implique a algún órgano, ley o reglamento del poder judicial es juez y parte. Además, en un cuerpo colegiado de ministros cuyas funciones van a lo largo de toda la gama de las ramas del derecho, se fragmenta tanto su visión como su neutralidad por un lado, y la conciencia de su responsabilidad frente al sistema constitucional por el otro. Esto quiere decir que puede haber menos compromiso de su parte con la doctrina, la ética y la esencia de la libertad

que salvaguarda la Constitución. Cosa distinta sucede con los jueces constitucionales cuya única jurisdicción es la constitucional. Eso los convierte en un referente del Estado. Los ciudadanos, los actores políticos, las instituciones, tienen claro quiénes son los responsables del equilibrio y modernización del sistema constitucional. En países donde el Tribunal o la Corte Constitucional (o Consejo Constitucional como en Francia) son el resultado de un proceso histórico donde ha habido fracasos y refundaciones del sistema, los jueces constitucionales mismos asumen su misión con el sentido filosófico de la modernidad, es decir, salvaguardando la estabilidad de la Constitución y las libertades.

En lo que concierne a los sistemas constitucionales en sistemas políticos con democracias en consolidación o incluso, en regímenes autoritarios pluralistas, los Tribunales o Cortes Constitucionales pueden ver limitada su eficacia en los fallos en defensa de la Constitución. Muchas veces estos sistemas se dotan de un órgano de jurisdicción constitucional más en la forma que en el fondo, y en la práctica pueden terminar subordinados al Poder Ejecutivo. De igual manera puede suceder incluso en las facultades constitucionales de dichos órganos. Como veremos enseguida, las figuras de control constitucional son

varias, y los tribunales o cortes constitucionales, o bien la Suprema Corte, pueden ver limitadas sus atribuciones constitucionales respecto a la jurisdicción constitucional.

Esto nos lleva directamente a la cuestión del diseño de la justicia constitucional. Como toda estructura en el sistema constitucional o político el diseño depende de la voluntad política de los que detentan el poder. Son las fracciones parlamentarias en el Congreso o Parlamento y el Poder Ejecutivo, quienes son los responsables del diseño de la justicia constitucional.

Si el régimen político es democrático, con un proceso histórico de éxitos y fracasos (es el caso de Francia, Alemania, Italia, España, Argentina, Chile, Brazil, entre otros), una élite en el poder ilustrada, una oposición competitiva, una ciudadanía politizada, un sistema de seguridad social, y una economía desarrollada, entonces el diseño de su justicia constitucional tendrá necesariamente qué tomar en cuenta que dicha justicia tiene que defender la Constitución en un sistema político dinámico, no necesariamente conflictivo.¹⁶

16 La justicia constitucional en estos casos no sólo protege libertades y derechos civiles sino también la estructura del Estado y, consecuentemente, la estructura de poderes al controlar la constitucionalidad de leyes y los actos de autoridad. El pragmatismo en su aspectos positivo tiene

Si el régimen es autoritario pluralista, o en proceso de consolidación democrática, con una experiencia histórica sin referentes de refundaciones por fracasos constitucionales (es el caso de los países de Europa del Este y de México), con una oposición semicompetitiva o competitiva pero no compacta, etapas prolongadas de gobierno dividido y Congresos donde la representación proporcional pulveriza la oposición al presidente, el diseño de la justicia constitucional puede presentar limitaciones importantes.

En general, este tipo de regímenes tiende a procurarse instituciones democráticas en la forma, agregándolas a sus Constituciones, con facultades más o menos amplias pero limitando su efectividad sobre el sistema constitucional y político. Es una característica esencial de los regímenes autoritarios pluralistas como veremos en otro capítulo. O bien, es una secuela autoritaria en las democracias en consolidación.

En estos casos la justicia constitucional tendrá que hacer frente a una dinámica de litigios constitucionales provenientes de las instituciones, los partidos políticos, los ciudadanos, los estados y la Federación (en los sistemas federales). Aquí la

contribuciones importantes en sistemas constitucionales y políticos desarrollados, como en el caso de Francia. Para un ejemplo de este pragmatismo Cfr. Favoreu, Louis, *Op. Cit.*, p. 95.

justicia constitucional debe tomar la defensa de la Constitución en un sistema político dinámico pero altamente conflictivo.

LA INGENIERÍA VIRTUOSA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional tiene entonces dos dimensiones: una, la función de hacer prevalecer la filosofía de la Ilustración a través de la defensa de derechos humanos y de las libertades constitucionales, con las consabidas limitaciones analizadas más arriba. Otra, la función de proteger un orden constitucional en los Estados democráticos.

Un Tribunal Constitucional significa que la supremacía de la Constitución, necesaria para mantener el equilibrio en cualquier Estado constitucional, está asegurada por una institución dedicada específicamente a ello. Desde luego, la ingeniería constitucional se ramifica en diversos aspectos que se conocen como el derecho procesal constitucional.

De la misma manera, un Tribunal Constitucional estatuye lo que podemos llamar la constitucionalidad de la política. Es decir, asegura que todo el marco prescriptivo y las acciones de los

actores políticos, de los ciudadanos y de los gobernantes estén bajo la Constitución.

Los actos y las normas que pretendan imponerse, y que se revelen contradictorias con lo que establece la Carta Magna, son materia de litigio para el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, materia de un fallo, que anula la efectividad de la normatividad inconstitucional y protege de esta manera derechos ciudadanos, instituciones políticas y procesos políticos.

Así tenemos que los Tribunales, o Cortes Constitucionales “hacen de la constitución un documento vivo que forma y dirige el ejercicio del poder político, en vez de un simple símbolo o colección de finas frases de aspiraciones.

Ellos pueden contribuir, en otras palabras, a hacer un nuevo régimen no simplemente democrático sino... un estado gobernado por las leyes y respetado por sus ciudadanos”¹⁷. Sin embargo, un Tribunal Constitucional no puede ser exitoso si no cuenta con un diseño con suficientes elementos para asegurar la autonomía de la institución y de sus jueces. Así, podemos identificar los siguientes elementos necesarios para la autonomía de un Tribunal Constitucional: 1) Tener

17 HOROWITZ, Donald L., “On Constitutional Courts” en: *Journal of Democracy*, John Hopkins University, October 2006, Volumen 17, número 4, p. 126.

independencia del Poder Judicial y de cualquiera de los otros dos poderes. Es una institución que se ubica como la reguladora de la vida constitucional, 2) Contar con independencia presupuestal, material y de infraestructura, 3) Contar con una profesionalización especializada en derecho constitucional, tanto de su personal como de los propios jueces 4) Los jueces deben tener una neutralidad política consistente y permanente, 5) Tener especificado el rango de su jurisdicción y poderes, 6) Los jueces deben ser nombrados mediante un equilibrio virtuoso de los poderes públicos e instituciones universitarias, y asegurar la variedad de conocimiento. Esto quiere decir que entre los ministros o jueces no solamente debe haber personalidades con carrera judicial, sino abogados practicantes, especialistas consultores, y profesores universitarios investigadores. La labor del control constitucional es una labor intelectual y no política o práctica, 7) Asegurar la durabilidad de los ministros o jueces y su inamovilidad, y 8) Especificar el efecto de los fallos del Tribunal.

Un aspecto fundamental es la forma de nombramiento de los jueces. Cuando los jueces son nombrados enteramente por un solo órgano se tiende a volver facciosa su elección. Así, la experiencia en muchos países es que si los jueces son

nombrados de una terna establecida por el Poder Ejecutivo, esto indica una dependencia, y da la impresión de que no es una elección de jueces sino una emanación, o en todo caso, un nombramiento gubernamental. En los casos donde el Poder Legislativo es el responsable de los nombramientos, el asunto se partidiza rápidamente, y el “riesgo de una excesiva politización”¹⁸ y su consecuente fragmentación al interior del Tribunal Constitucional es latente.

El diseño para el nombramiento de los jueces en los casos exitosos ha sido mixto. “En general, el proceso de nombramiento es elaborado entre el parlamento, el ejecutivo, y, en algunos casos, el judicial; y los jueces seleccionados para el Tribunal Constitucional son profesores de derecho constitucional, o jueces decanos de los juzgados ordinarios [y abogados]”¹⁹.

Se ha identificado que la variedad de las profesiones en el área de política y derecho contribuyen a fortalecer a los Tribunales Constitucionales. Así, en otros casos, éstos se componen de magistrados del Poder Judicial, abogados, profe-

18 WOJCIECJ Sadurski, “Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy”, EU Working Papers, Law No. 2001/11, European University Institute, 2001, 4, citado en: Horowitz, Op. Cit., p. 131.

19 HOROWITZ, Donald L., Op. Cit., p. 130.

sores, y políticos con formación en derecho constitucional.

Finalmente, la interpretación de la Constitución y el control de las leyes no son puramente técnicos, y está muy lejos de ser un formato. Se requiere versatilidad y sentido común, y eso se encontrará en un tribunal compuesto de esta manera. En países o regiones donde los nacionalismos son variados, se ha previsto incluso incluir magistrados orientados “por la voluntad de respetar los equilibrios políticos, geográficos, religiosos e incluso étnicos”²⁰.

Por último, la eficacia de un Tribunal Constitucional dependerá de su jurisdicción. Un modelo eficaz contaría con las siguientes funciones: 1) Defensa de la supremacía de la Constitución, 2) Control abstracto y concreto de la constitucionalidad, 3) Defensa de los derechos humanos, 4) Resolver conflictos de competencias y controversias entre los poderes locales y/o municipales, 5) Resolver las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones del H. Congreso, 6) Resolver los recursos contra el Poder Legislativo cuando sus resoluciones afecten los derechos y garantías individuales de los ciudadanos, 7) Resolver las

20 Philip, Loïc, “Les cours constitutionnelles”, en: Grawitz, Madeleine, Leca, Jean, *Traité de science politique. Les régimes politiques contemporains*, vol. II, Presses universitaires de France, 1985, pp. 407-445.

demandas respecto a procedimientos de reforma de la Constitución, y 8) Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocación del acto. Esto conlleva que los medios de impugnación constitucionales para la defensa de la constitución son los siguientes: 1) Juicio de controversias constitucionales, 2) Juicio de acciones de inconstitucionalidad local, 3) Juicio de acción por omisión legislativa, y 4) Juicio de derechos humanos fundamentales.

En la realpolitik de los sistemas políticos y constitucionales este diseño de la justicia constitucional es eficaz como institución generadora de legitimidad y gobernabilidad en la medida que el desarrollo político esté consolidado. Las democracias liberales tienen entradas y salidas por donde los intereses económicos circulan para ajustar el conjunto sistémico a las políticas mundiales del libre mercado. En los regímenes estrechamente democráticos o autoritarios pluralistas, las liberalizaciones pueden ser un signo de apertura pero no de democratización de la decisión, y mucho menos de modernización constitucional. A menos que su diseño sea virtuoso, equilibrado, con jueces independientes dispuestos a ser neutrales en cualquier litigio, la

justicia constitucional puede llegar a ser una institución más de la dominación política.

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER AUTORITARIO

La dicotomía entre democracia y autoritarismo o, en palabras de Bobbio, democracia-autocracia, es sin duda uno de los componentes de la mayoría de los sistemas democráticos. El autoritarismo no es particular a los regímenes autoritarios. Es uno de los componentes de la práctica política y de la masa normativa de una democracia. Bobbio planteó una pregunta importante en este sentido: ¿Es posible un sistema democrático internacional entre Estados autocráticos?” En el mismo texto nos refiere una conclusión de Germani: “La actual situación del ‘sistema internacional’, de estrecha interdependencia y de internacionalización de la política interior, tiende a favorecer las soluciones de tipo autoritario más que las democráticas.”²¹

Esas soluciones de tipo autoritario son factibles en las democracias y, en la medida que la opinión pública se debilite y los grupos oposito-

21 Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, México, FCE, 1986, pp. 190-191 [214 p.]

res también se debiliten, la mayoría en el poder tiende a hacer uso de ese género de soluciones con más frecuencia, sea para imponer políticas fiscales o para acotar derechos humanos.

La jurisdicción constitucional fortalecerá a un sistema democrático si el medio ambiente político, las instituciones, y los responsables del régimen actúan con voluntad democrática y sus dilemas están impregnados de sentido democrático. La contraparte de esta premisa es que la jurisdicción constitucional se verá atrapada en el juego de intereses si el medio ambiente político, las instituciones y los responsables del régimen tienen la tentación autoritaria, y ambicionan la consolidación de enclaves autoritarios. Esto provocará deslegitimación de la justicia constitucional e impedirá que sea percibida por la oposición, la sociedad civil, y el conjunto institucional, como una institución confiable para garantizar la constitucionalidad de las leyes y los derechos humanos.

La creación de un Tribunal Constitucional o, en su caso, la integración de una Suprema Corte con facultades de control constitucional es fundamental para garantizar el pluralismo democrático. El diseño de estas instituciones dependerá de la voluntad democratizadora de los miembros del Congreso y del Poder Ejecutivo, dado que en

algunos sistemas los dos poderes deben colaborar para llevar a cabo los nombramientos.

La historia política, con sus consecuencias en la estructura política, también juega un papel determinante, puesto que las mentalidades están en la base de la voluntad de las élites y condicionan la eficacia de las instituciones.

La institución de la revisión judicial es importante porque frena a las fracciones parlamentarias dominantes que intentan reformar a la Constitución para introducir sus políticas y asegurar legalidad a sus maniobras, a veces autoritarias, que afectan al pluralismo democrático.

Pero la revisión judicial puede convertirse en un instrumento autoritario en los casos en que el tribunal constitucional o la Suprema Corte se ha integrado con jueces o ministros afines a la mayoría en el poder. Ackerman nos dice

La creación de un tal tribunal [constitucional] es un asunto complicado. Parte del problema es cultural: ¿jueces y abogados se toman seriamente el proceso de interpretación legal? ¿Han estado absolutamente desmoralizados por décadas de subordinación a la policía secreta y a las élites políticas autoritarias?... Otra parte del problema implica ingeniería constitucional. La fortaleza del tribunal está vinculada seriamente con la manera como los jueces son nombrados y los periodos que están en el cargo.²²

22 Ackerman, Bruce, La nueva división de poderes, México, FCE, 2007, pp. 53-54 [194 p.].

Los Tribunales Constitucionales se han convertido en una institución importante para la consolidación de las democracias como en Alemania. O una figura referencial, efectiva y de consagración política como en Francia, o un centro de disidencia respecto al presidencialismo en Estados Unidos.

En general, actualmente el sentido de la institución de revisión judicial es ser defensora de la supremacía de la Constitución y del diseño constitucional del régimen. Sin embargo, en lo particular, puede resultar un instrumento de limitación cuando los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte concentran demasiado poder político. Sobre todo en un contexto altamente conflictivo entre los poderes y en el sistema político, dando lugar al “gobierno de los jueces”.

Se percibe mal el papel que puede jugar en la protección de las libertades individuales y de los derechos fundamentales... Se estima que es una institución que no puede jugar sino un papel conservador, de freno al cambio y cuya acción es incompatible con la soberanía de la ley y del Parlamento.²³

Esta consideración, que es anterior a la Se-

23 Philip, Loïc, « Les Cours constitutionnelles », en : Grawitz, Madeleine, Leca, Jean, *Traité de science politique*, París, FNSP, p. 409, vol. 2 [714 p.]

gunda Guerra Mundial, tiene actualidad en algunos sistemas de revisión judicial no tan virtuosos de los regímenes autoritarios o de pluralismo ilimitado sin efecto. La cuestión de entrada son dos, y las analizaremos a continuación: 1) el procedimiento de elección de los jueces constitucionales, y 2) la duración en el cargo y las limitaciones de su posterior participación en los puestos de elección popular o en la administración pública. Los mecanismos de control que el Poder Ejecutivo buscará desarrollar para tener a un Tribunal Constitucional o Suprema Corte a modo, que favorezca sus políticas, se presentarán independientemente de un diseño virtuoso constitucional para la designación de los jueces. La tendencia natural de todas las fuerzas políticas de cualquier ideología o programa político es la de controlar la mayor parte del sistema político, de la división de poderes y del Poder Judicial. Recurren a prácticas metaconstitucionales o con arreglo a una reglamentación que fije técnicamente la dominación del Poder Ejecutivo sobre todo lo demás. En este sentido, basta con que el Congreso sea dominado por una fuerza política, o que el sistema presidencialista desarrolle un poder de reglas no escritas con un alto margen de legitimación y poder de facto en los subsistemas, combinado con un clientelismo político en

el Congreso y en el Poder Judicial, para estar en presencia de una institución de revisión judicial confeccionada a modo del Poder Ejecutivo. El ejemplo de Japón es ilustrativo. Philip nos dice que en ese sistema los miembros de la Suprema Corte son nombrados “por el gobierno pero esas nominaciones son sometidas a ratificación por el pueblo en las primeras elecciones legislativas”. Ackerman analiza que en ese país, en la práctica, los jueces están obligados a retirarse a la edad de 70 años

La yuxtaposición de estas reglas ha proporcionado al Partido Democrático Liberal gobernante una fórmula sencilla para seleccionar magistrados que no cuestionen a fondo sus decisiones políticas: escoge hombres y mujeres en una etapa tardía de sus carreras, generalmente de 60 años de edad... Una vez que un juez llega al Tribunal, la edad de jubilación obligatoria interrumpe su servicio antes de que él pueda ganar total confianza en sí mismo en su nuevo papel.²⁴

En otros casos, como en Alemania, la elección de los jueces son electos la mitad por el Bundestag y la otra mitad por el Bundesrat, y se requiere una mayoría calificada en los dos. En el caso de Austria, el gobierno designa a ocho de los doce jueces titulares. Sin embargo, en la práctica hay un pacto tácito entre los dos principales partidos y la lista de candidatos está com-

24 Ackerman, Bruce, Op. Cit., pp. 54-55.

puesta de manera equilibrada.²⁵ En el caso del Consejo Constitucional de Francia son nombrados de manera mixta por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo: tres por el Presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional, y tres por el presidente del Senado. También hay “membres de droit” que son los expresidentes de la República, los cuales en la práctica no asisten en general a las sesiones del Consejo Constitucional desde 1962. El equilibrio proviene igualmente de los acuerdos tácitos entre los poderes. La experiencia histórica del sistema francés lleva a que los poderes busquen hacer prevalecer el equilibrio del sistema por encima de las ambiciones personales. Sin embargo, aún en un sistema así hay puntos de fugas donde el Consejo Constitucional puede no alcanzar a proteger los derechos fundamentales. En primer lugar, no tiene control sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional por los jueces ordinarios. En segundo lugar, cuando hay conflicto entre la situación a juzgar y la Constitución, el juez ordinario hace prevalecer la ley incluso si ésta es inconstitucional.²⁶ En el caso de España, los doce miembros de la Corte son nombrados

25 Philip, Loïc, *Op. Cit.*, p. 34.

26 Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1986, p. 95.

por el Rey pero a partir de las proposiciones del Congreso, del Senado, del gobierno y del Consejo General del Poder Judicial. En Portugal, el Tribunal Constitucional está compuesto por diez jueces nombrados por la Asamblea de la República, y tres escogidos por esos diez jueces de entre jueces de otros tribunales o juristas. Es un caso particular en donde una parte del tribunal no es legitimado por el Congreso. En el caso de México, los ministros de la Suprema Corte son designados por el Senado de una terna enviada por el Presidente de la República, los cuales requieren la mayoría calificada. En Estados Unidos, el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte es facultad exclusiva del Presidente de la República pero el Senado puede ejercer el veto. Siendo que la duración en el cargo es de por vida o por renuncia, esto limita a los Presidentes de hacer cambios a modo en la Suprema Corte y algunos pueden nombrar un número importante de ministros mientras que otros pueden no llegar a nombrar a ninguno.

Ahora bien, este punto del mecanismo de designación de los jueces constitucionales cobra una importancia particular para los niveles de democracia o autoritarismo que caracterizan el desempeño de éstas como guardianes de la Constitución. Si combinamos los mecanismos de

designación con las variables de la duración en el cargo y las limitaciones para su posterior vida pública obtenemos una idea del nivel de neutralidad e independencia que pueden tener los jueces. De las implicaciones de su duración en el mandato y de su perspectiva al terminarlo dependerá que los jueces constitucionales adquieran compromisos con los partidos o con el titular del Poder Ejecutivo en turno. Recordemos que las condiciones de independencia serán sólidas si 1) la duración del mandato es indefinida, 2) la inamovilidad de sus funciones está asegurada por la Constitución, 3) la imposibilidad de renovar el mandato (que implicaría la alianza con la mayoría en el poder), y 4) la incompatibilidad del cargo de juez constitucional con otros cargos públicos o administrativos.

Una serie de componentes nos revelarán el papel político de los jueces constitucionales y la forma como los agentes del autoritarismo permean la justicia constitucional. En algunos sistemas la autolimitación es importante, como en el caso francés, donde los expresidentes no participan en las sesiones del Consejo Constitucional ni buscan influenciar sus decisiones. Sin embargo, el sesgo autoritario puede presentarse en la falta de control de la aplicación de la jurisprudencia constitucional por los jueces ordina-

rios, algo que difícilmente se presenta, pero que no está exento de suceder. En el caso alemán y austriaco el equilibrio se encuentra en los acuerdos entre los partidos principales. En Portugal, la designación de tres jueces por los otros diez designados por la Asamblea de la República puede ser un ejemplo típico de abrir la puerta a agentes autoritarios, o dejar en un proceso de endogamia esas designaciones sin la supervisión o aprobación de un cuerpo colegiado plural y más legitimado como es el Congreso. En Estados Unidos, el Senado ejerce el veto, y con esto controla a agentes no deseados. Sin embargo, Philip nos refiere un ejemplo en este país, y es que los ministros de la Suprema Corte, una vez nombrados y afianzados en su cargo, a veces se han revelado contrarios al perfil por el cual fueron designados.

El juez Douglas, que duró en su cargo más de treinta y seis años en la Corte pasaba por un reaccionario al ser nombrado ... Eisenhower, después de haber nombrado a Earl Warren en 1953, considera enseguida que fue el más grande error de su presidencia. Él estimó que el presidente de la corte se había transformado en un peligroso progresista. El ministro Warren Burger, nombrado por el presidente Nixon, presidía la Corte que... obliga a Nixon a demisionar.²⁷

El Senado puede ejercer su amenaza de veto,

27 Philip, Loïc, Op. Cit., p. 419.

como ocurrió en 2009 con la propuesta del Presidente Obama para nombrar a Sonia Sotomayor en sustitución del ministro David Souter que decidió jubilarse.

Los conservadores en el Senado argumentaban que por ser de origen latino Sotomayor no aseguraría la imparcialidad de sus fallos en la Corte, en un intento de frenar la proliferación de minorías en puestos clave del sistema judicial, y de debilitar la presidencia de Obama.

Finalmente, Sotomayor fue ratificada por el Senado.²⁸

En México, los ministros de la Suprema Corte son ratificados por el Senado por mayoría calificada sólo a partir de 1994,²⁹ pero a partir de una

28 A pesar de la oposición a su nombramiento por la derecha en el Senado la votación final para su ratificación fue bastante cómoda con 68 votos a favor y 31 en contra, todos éstos conservadores. Esto es significativo si tomamos en cuenta que al menos dos ministros de la Corte han pasado cerca de la puerta : Clarence Tomas cuya votación fue de 52-48, y Samuel Alito 58-42.

29 A diferencia de los sistemas democráticos consolidados donde se procura que el ritmo de sustitución de los ministros de la Corte permita un equilibrio en las tendencias ideológicas y acaso partidistas, en México el presidencialismo tuvo ocasión de barrer a los ministros de la Corte con la reforma judicial de diciembre de 1994. Sólo uno fue ratificado, nombrado por Miguel de la Madrid (1982-1988) en 1983. Así, el presidente Ernesto Zedillo designo con aprobacion del senado a siete nuevos ministros para integrar la nueva Suprema Corte, con lo que aseguró el control absoluto de esa

terna enviada por el Presidente. Ahora podemos pasar a combinar las variables del modo de designación y de la duración en el encargo, y analizarlas en relación a las perspectivas del futuro de los jueces. En Francia, Italia, y España, los jueces duran 9 años. En Alemania 12 años, en México 15 años, en Portugal 15 años, y en Estados Unidos es vitalicio o por renuncia (se ofrece un plan de retiro a los 70 años). Las limitaciones en cuanto a la perspectiva futura de los jueces varía en función de cada sistema. Una de esas limitantes es la edad mínima para su nombramiento y la

institución, que ha sido muy útil a los consecuentes gobiernos tanto del Partido Revolucionario Institucional (PRI) como del Partido Acción Nacional (PAN) a partir del año 2000, debido a la « colusión autoritaria » entre los dos partidos en la práctica. Vicente Fox (2000-2006) es el otro presidente que tuvo ocasión de nombrar a cuatro ministros entre 2003 y 2006. Si tomamos en cuenta que Vicente Fox (miembro del PAN) fue el beneficiario de la reforma constitucional al artículo 82 constitucional promovido por Carlos Salinas (1988-1994) (miembro del PRI) para permitirle ser elegido Presidente de la República, podemos observar que la mayoría de los ministros de la Suprema Corte, sino todos, responden a la misma línea política. Felipe Calderon (2006-2012) ha nombrado tres ministros uno de ellos fue su profesor en la Escuela Libre de Derecho y los otros están identificados con su partido. Es posible que al afianzarse en su puesto en años futuros, se transformen y ganen independencia, pero es un fenómeno aleatorio e incierto. Felipe Calderón (2006-2012) ha nombrado, con aprobación del Senado a dos ministros de la Corte. Uno de ellos fue su profesor en la Escuela Libre de Derecho, y el otro su socio en un despacho de abogados. (CONFIRMAR ESTA INFORMACIÓN)

edad máxima para ejercer el cargo. En Austria es de 70 años, en Alemania de 68 años. En Italia, Francia, España y Portugal no hay limitación de edad para ejercer el cargo. En México no hay límite máximo de edad. Para algunos sistemas los jueces constitucionales que terminan su mandato, que se separan del cargo por el límite de la edad o por renuncia, no pueden ocupar cargos públicos en los siguientes diez años por prescripción constitucional.

Ahora bien, para garantizar la independencia de los jueces e imposibilitar sus alianzas con la mayoría en el poder (que puede provocar en ciertos sistemas la tentación autoritaria), hay que analizar la edad mínima para su nombramiento pues “Un hombre de 70 años es mucho más libre que un hombre de 40 o 50 años, porque no tiene generalmente más preocupaciones de futuro sobre el plan profesional”.³⁰ Austria tiene una de las limitaciones mínimas más amplias, que es de 40 años.

Sin embargo en el caso de México la edad mínima para ser ministro de la Suprema Corte es de 35 años. Y si bien el Senado debe designar a los ministros a partir de una terna enviada por el Presidente de la República, si no lo hace en un plazo de treinta días el Presidente de la Repúbli-

30 Philip, Loïc, Op. Cit., p. 418.

ca designará al ministro. Sin embargo existe un derecho a veto del Senado para totalidad de la terna. En este caso, el Presidente de la República deberá enviar una nueva terna. Si es rechazada nuevamente, el Presidente de la República designará entonces al ministro.

Este mecanismo cumple una función política, al hacer sentir al Senado que la máxima autoridad, en caso de veto, es del Poder Ejecutivo. En apariencia es un mecanismo para evitar una crisis entre los dos poderes, pero en la práctica el Senado es un instrumento de ratificación, pues el Presidente de la República puede negociar con las fracciones parlamentarias para que sea designado el ministro de su preferencia.

En cuanto a la perspectiva de los ministros de la Suprema Corte una vez cumplido los quince años en su cargo, la Constitución mexicana es laxa tanto en el mecanismo de entrada como en el de salida de la Suprema Corte.

Para ocupar el cargo de ministro sólo se necesita no haber sido Secretario de Estado, Procurador General de la República, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado durante el año previo al día de su nombramiento. Sin embargo, los exministros pueden ocupar esos cargos a los dos años de haber salido de la Suprema Corte, en el caso de haber cumplido con el ciclo

de quince años. Si fueron ministros provisionales o interinos, no existe ninguna limitación.

Frente a sistemas constitucionales donde los tribunales constitucionales prevén un lapso de diez años en que los jueces no pueden ocupar tales cargos, la limitación mexicana a los ministros de la Suprema Corte, lejos de ser una garantía de independencia e imparcialidad, fertiliza los compromisos partidarios de los ministros. Así, la interpretación constitucional y los fallos constitucionales estarán supeditados a las “predilecciones personales” de los ministros, que tienen frente así la perspectiva de una carrera política si favorece a la mayoría en el poder. Como vimos en el caso de Estados Unidos, los ministros sufren transformaciones en su perfil tanto en sentido positivo como negativo. Este fenómeno puede aplicarse a varios casos, entre ellos México, que no cuenta con mecanismos institucionales ni acuerdos voluntarios de los sectores políticos que busquen el equilibrio del sistema. En la terna presentada por el Presidente de la República para que el Senado designe a un ministro puede haber un resquicio para que los agentes autoritarios se filtren a la Suprema Corte. Pero la otra situación es que, frente a la posibilidad constitucional de usar su cargo como ministro para obtener un futuro promisorio en la política y en las

esferas del poder, los ministros pueden convertirse voluntariamente en agentes autoritarios si la mayoría en el poder desarrolla un autoritarismo, o como en el caso mexicano, si opera sobre las estructuras del régimen autoritario de partido hegemónico que dominó desde 1929.³¹

La penetración autoritaria de las estructuras democráticas

El fenómeno de la transformación de los jueces en agentes autoritarios capaces de convertir al Tribunal Constitucional o a la Suprema Corte en un enclave autoritario es factible en democracias en consolidación o en regímenes presidencialistas. Si no hay un equilibrio virtuoso en el proceso de nombramiento de los jueces (que incluye su origen, su trayectoria, sus afiliaciones políticas y religiosas, y su ética) entonces es casi seguro que el compromiso político de los jueces con la mayoría en el poder se traducirá en fallos constitucionales tendenciosos, capaces de

31 Nos referimos al Partido de la Revolución Institucionalizada (PRI), fundado en 1929. Aunque perdió la presidencia en 2000, la recuperó en 2012. Durante los doce años que gobernó el Partido Acción Nacional lo hizo apoyado sobre las estructuras autoritarias que construyó el PRI, de manera que nada cambió.

cubrir la ilegalidad de los actos de autoridad, de desproteger a los derechos humanos y a las garantías individuales, y de someter al régimen constitucional a la voluntad presidencial. En este escenario, los agentes autoritarios pueden tomar por sorpresa los procesos constitucionales de designación de los jueces o ministros.

En regímenes presidencialistas que han vivido una transición a la democracia de cualquier tipo, completa o incompleta, la amnesia de las fracciones parlamentarias o de los grupos en el poder o peor, la alianza de dichas fracciones o grupos con agentes del autoritarismo es latente.

En pocos años un miembro del régimen autoritario puede reciclar su perfil como un democrata comprometido, y en esa medida acceder de nuevo al poder político o judicial. Cuando la mayoría en el poder presente ambiciones autoritarias, ese agente reactivará su antiguo perfil porque se sentirá identificado y que corre menos peligro si alienta a sus aliados naturales de mentalidad autoritaria.

Cuando un régimen no ha consolidado su democracia, o cuando no ha vivido un pasado traumático que obligue a los grupos políticos a no caer en la tentación autoritaria, el resucitamiento del autoritarismo puede encontrar en la Suprema Corte un enclave poderoso. Lo mismo

ocurre si la mayoría en el poder enfrenta conflictos políticos, sea por ineficacia de la Constitución para resolverlos, sea por ineficacia política para evitarlos o negociarlos.

La Suprema Corte termina arbitrando los conflictos sistémicos y adquiere un poder político fundamental. La mayoría en el poder cortejará a los ministros, y los ministros terminarán aliándose a ellos.

Más aún porque la Suprema Corte no tiene un contrapeso constitucional que les obligue a regresar a la neutralidad política de sus decisiones judiciales, es decir, a que sus decisiones y sus actos no estén fuera del espíritu constitucional.

Un estudio comparativo sobre los rendimientos democráticos de los tribunales constitucionales o cortes constitucionales, (independientes de los tres poderes) en relación a los de las Supremas Cortes, (que existen en el vientre del Poder Judicial,) podría develarnos con más precisión el índice de su impacto y participación en la formación y consolidación del autoritarismo en las estructuras de un régimen democrático.

También sucede en sentido inverso. Los regímenes autoritarios se modernizan, permiten un mayor pluralismo con un sistema electoral de recompensas para las minorías políticas, lo que le otorga un cariz democrático. Enseguida han

pasado a otro nivel de sofisticación, a saber: la utilización de estructuras democráticas para introducir sus maniobras autoritarias.

Para ello no siempre es necesario controlar el Congreso, aunque es una aspiración que intentarán por todos los medios, incluido el fraude electoral (maquillado en las instituciones electorales del régimen).

Que el régimen autoritario pierda el control del Congreso es una contrariedad para ellos pero no es signo de democratización. Hay muchas cosas que negociar con los opositores para llevar a cabo reformas que permitan al poder autoritario institucionalizar su control.

Una de las cosas con las que se negocia es precisamente las recompensas en el sistema electoral democrático o el clientelismo político que desarrolla ambiciones personales en cada opositor.

Los autoritarismos contemporáneos, a fuerza de convivir con un sistema internacional que exige características democráticas, y a fuerza también de cuidar la gobernabilidad interna en base a un presupuesto público mermado por las crisis económicas, se adaptan a las estructuras democráticas, y a la represión le sucede el cabildeo, y al control férreo en el Congreso el intercambio de beneficios entre los diputados y senadores con la mayoría en el poder.

Los grupos de presión y el corporativismo juegan un papel importante al seguir la pauta del régimen a cambio de concesiones. Un nuevo elemento respecto a los regímenes autoritarios clásicos es que a esta dinámica se agregan las estructuras no corporativas, que en el autoritarismo configuran más bien a la oposición.

El mercado político permite ver el pluralismo de partidos, de grupos, de mentalidades, y de intereses, así como negociar, intercambiar, y llegar a acuerdos. En realidad es un mercado de prebendas donde el intercambio favorece a los actores en sus proyectos partidarios o personales. Y favorece también al régimen autoritario, que les ofrece un escenario pluralista y detenta el control sobre los centros de decisión dentro del sistema, entre los cuales se encuentra, la Suprema Corte.

Ingeniería institucional del autoritarismo

Los tipos autoritarios en los que el pluralismo limitado era la característica más cercana a la democracia tienen poco que ver con los tipos autoritarios actuales que perviven bajo regímenes en proceso de consolidación democrática.

En éstos hay siempre una Constitución que

regula y equilibra el juego político, con un pluralismo ilimitado aunque sin efecto.

Donde los centros de poder ahora no son solamente políticos sino también financieros, debido a la complejización de la globalización, en la medida que lo financiero pasó a ser un elemento clave de la gobernabilidad de los regímenes.

La Constitución puede contener principios y programas autoritarios que se activan con relativa facilidad cuando la mayoría en el poder comienza a ceder sistemáticamente a la tentación autoritaria apoyada en una mayoría en el Congreso, el control de los estados, y el control de la Suprema Corte.

Un ejemplo de autoritarismo basado en el control constitucional dio lugar al golpe de Estado en Honduras en 2009. Formalmente, el presidente Zelaya fue destituido por la Suprema Corte, que votó por unanimidad la acusación por traición a la patria, abuso de autoridad, y usurpación de funciones, y giró una orden de captura y allanamiento.

El móvil de los enfrentamientos entre el presidente, el Congreso y la Suprema Corte fue la intención de aquel de someter a consulta, en las elecciones generales, el proyecto de convocar a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución. Esas reformas incluirían la de le-

vantar la restricción del principio de no reelección presidencial. Esta aspiración del presidente de Honduras, que no está en ningún documento escrito, es el origen de que la Suprema Corte haya considerado que violaba el artículo 42 de la Constitución que establece: “La calidad de ciudadano se pierde... por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del presidente de la República”.³²

Por otro lado, en los antiguos regímenes autoritarios la Suprema Corte no tenía un rol político sino formalmente judicial, con sometimiento al líder autoritario. Ahora, son las Cortes las que se encargan constitucionalmente de salvaguardar los derechos humanos y protegerlos jurídicamente. Este elemento democrático pasa a ser una genialidad para el presidencialismo autoritario. Anteriormente, las élites autoritarias nega-

32 El 28 de junio de 2009 las fuerzas armadas allanaron la residencia presidencial y expulsaron al presidente de Honduras del país, e instalaron a Roberto Michelletti, presidente del Congreso, y sucesor en línea de acuerdo a la Constitución, en la presidencia interina. Ningún gobierno democrático reconoció el gobierno de Michelletti, y la Organización de Estados Americanos votó por unanimidad la expulsión de Honduras. Uno de los fenómenos que llaman la atención en este caso es que los golpistas no sólo son miembros de la oposición, sino que el mismo Michelletti es del mismo Partido Liberal de Honduras al que pertenece el presidente Zelaya. Cfr. La Jornada, 28, 29 y 30 de junio de 2009. Cfr. La Jornada, 28, 29 y 30 de junio de 2009.

ban la violación a los derechos humanos porque tenían que responder directamente sobre ellas. Ahora pueden reconocerlas, porque es la Suprema Corte, una institución judicial que constitucionalmente es independiente de la élite autoritaria (aunque en la práctica sea lo contrario) la que debe rendir cuentas sobre los casos que son llevados a la Corte.

Esto le da un margen de actuación a la élite autoritaria porque puede presionar a la Suprema Corte públicamente y cuestionar su actuación respecto a los derechos humanos y otros temas fundamentales.

Esa descentralización de las responsabilidades que antes eran su talón de Aquiles y ahora incluso las alimentan, son otro fenómeno de los tipos autoritarios en la dicotomía democracia-autarquías.

Hay una serie de figuras y fenómenos políticos netamente constitucionales y democráticos que las élites autoritarias han aprendido a utilizar en su beneficio. En sistemas políticos en consolidación democrática, donde el hiperpresidencialismo está vigente, el pluralismo será menos efectivo en la medida que agentes autoritarios y mecanismos autoritarios tenga la posibilidad de seguir infiltrando la dinámica democrática. Las puertas de entrada constitucional de agentes au-

toritarios y de mecanismos autoritarios son los siguientes:

- A través de los partidos los agentes autoritarios pueden filtrarse para controlar instituciones como el Congreso, a través de la representación proporcional. En efecto, éstas son listas no controladas por el elector, y su integración escapa también a procedimientos de democracia interna de los partidos (consulta a las bases o asamblea de delegados que son más fáciles de cabildar o manipular). Así, las listas de representación proporcional pueden ser integradas o incluso dominadas por agentes autoritarios que, una vez en el Congreso, pueden desplegar alianzas, controlar su fracción parlamentaria (un tanto peor si es la mayoría), e introducir reformas legislativas que institucionalicen maniobras autoritarias y limiten el pluralismo político, la rendición de cuentas del gobierno, o la independencia de los poderes respecto al Poder Ejecutivo.

- Las alianzas electorales de candidatos demócratas con partidos con enclaves autoritarios, a las que aquellos ceden los candidatos demócratas para beneficiarse de la estructura electoral y del clientelismo auspiciado por grupos políticos autoritarios, pueden tener como consecuencia el pago de cuotas políticas en términos de puestos de decisión, o de decisiones importantes.

- El corporativismo como conjunto de instituciones y/o asociaciones organizadas en torno a un núcleo de poder, son la caja de transmisión idónea para el autoritarismo dentro de una democracia. La lógica política corporativista tiende a alejarse de la noción de pluralismo y del juego electoral competitivo. Además se caracteriza por mantener, en la forma, el respeto a la Constitución pero en la práctica desarrolla su dinámica de negociaciones con la mayoría en el poder por un lado, y con las primeras minorías por el otro. Eso lleva al corporativismo a establecer acuerdos metaconstitucionales, y a moverse al mismo tiempo dentro del ámbito institucional y dentro de las esferas informales del poder. Al actuar como grupos de presión, o grupos de mercenarios del clientelismo político, las organizaciones y cuadros del corporativismo tenderán a favorecer los acuerdos férreos, a apoyar en el poder o a acceder al poder a quienes quieran mantener esos acuerdos sin importar sus compromisos con la democracia.

- En los sistemas federales, los gobiernos estatales pueden presentar un sistema político local controlado por mayorías en el poder, con rasgos evidentes de autoritarismo. En el caso de México, en muchos estados de la República se observa intacto el régimen de partido hegemóni-

co que existía en todo el país hasta el año 2000. En esos estados el PRI sigue gobernando desde 1929, y el control autoritario del pluralismo es latente, con elecciones impugnadas sistemáticamente por la oposición, e instituciones locales (electorales, políticas y judiciales) que operan como dependencias del Poder Ejecutivo. En algunos casos, instituciones como las de derechos humanos y las de transparencia y rendición de cuentas, son dependencias del Poder Ejecutivo en las Constituciones locales. En la medida en que en los estados prolifera el autoritarismo en sus sistemas y subsistemas impacta al sistema político nacional, y hace heterógeno el mosaico de la democratización del país.

- Las Constituciones locales son un centro institucional importante para el afianzamiento del autoritarismo en los sistemas federales. En un estado donde es más fácil controlar el Congreso, sea por medio de elecciones semicompetitivas, sea por medio de la cooptación de diputados de la oposición, la dinámica es de utilizar el Congreso local para transformar la Constitución local a modo. De esta manera el autoritarismo se presenta como una forma constitucional de gobierno, que legaliza las maniobras autoritarias, institucionaliza procedimientos para permitir el control de los centros de decisión a agentes auto-

ritarios, y deja incluso, a veces, fuera del control de las leyes a los actos del Poder Ejecutivo en esos estados.

- Las facultades constitucionales del presidente, entre las cuales se encuentra la designación de los secretarios de despacho, al no pasar por la ratificación del Congreso ni estar sometida al voto de confianza, produce un escenario importante para los agentes autoritarios. Éstos pueden formar parte del gabinete, como consecuencia de una cercanía con el presidente, que siempre buscará tener a hombres experimentados en el control férreo del pluralismo para mantener los niveles de gobernabilidad aceptables cuando deba imponer políticas impopulares. O bien, como consecuencia de las alianzas electorales coyunturales, es decir, cuotas de poder que el presidente se ve obligado a transar con grupos autoritarios que lo ayudaron a acceder al poder.

- En los sistemas presidencialistas, donde el Ejecutivo tiene la facultad de mandar las ternas al Congreso o al Senado para la designación de ministros de la Suprema Corte, magistrados de tribunales electorales, o consejeros de instituciones electorales o de transparencia, es un escenario constitucional donde los agentes autoritarios se introducen con facilidad. Sobre todo si el presidente tiene la mayoría en el Congreso,

pues la designación será una ratificación de la voluntad presidencial. Si no cuenta con la mayoría, se desplegarán acuerdos, se cederán un número de posiciones pequeñas para obtener el voto opositor a fin de que pase el bloque mayor de las propuestas presidenciales. El peligro es que en este escenario como en ningún otro, los agentes autoritarios pueden dañar seriamente a la democracia, pues son capaces de convertir a las instituciones a donde son designados (Suprema Corte, tribunal electoral, instituciones de derechos humanos) en enclaves autoritarios que responden a intereses de un grupo en particular.

- La confrontación entre los poderes puede generar alianzas entre los otros poderes. Si el Ejecutivo entra en conflicto con el Legislativo, aquel buscará la alianza con la Suprema Corte para que, al interponerse una controversia constitucional, salga favorecido con un fallo tendencioso. En estos casos esas alianzas son en realidad relaciones de subordinación de la Suprema Corte (que es parte medular del Poder Judicial) hacia el Poder Ejecutivo. Los ministros de la Corte pueden comportarse como en un reino aparte adentro de la Corte y de las otras instituciones del Poder Judicial, con prácticas poco populares como tráfico de influencias, amiguismo, nepotismo, abuso de poder, y verse favorecido con la

acquiescencia del presidente y de autorizaciones salariales importantes en el presupuesto de egresos que vota el Congreso cada año. También se pueden presentar casos donde la alianza se establezca entre la Suprema Corte y el Congreso para neutralizar al Poder Ejecutivo, como fue el caso del golpe de Estado en Honduras en 2009, donde la Suprema Corte en alianza con el Congreso destituyó al presidente por una supuesta violación de la Constitución. Los enfrentamientos entre el presidente y los dos poderes se habían vuelto crónicos, lo que implicó el surgimiento de “aliados naturales” en el golpe.

- Los gobiernos divididos producen déficits de gobernabilidad, sobre todo cuando el Congreso entra en conflicto con el Ejecutivo a propósito de la Ley de Egresos o de iniciativas de reformas sociales, económicas o políticas. Esto es prácticamente una convocatoria a los grupos autoritarios que pueden ser llamados por el Ejecutivo para ayudar a controlar la crisis política, pero también de los ciudadanos que no quieren la parálisis del sistema socio-económico del país.

- En sistemas políticos altamente conflictivos, donde las elecciones y los desacuerdos interinstitucionales entre los niveles del sistema de división de poderes, o el federal, estatal y municipal, terminan por dirimirse en la Suprema Corte a

través de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, el fenómeno de la judicialización de la política permea al régimen. Esto tiene como escenario gemelo la politización del control de la constitucionalidad de las leyes. La Suprema Corte se vuelve el centro generador de equilibrios del sistema, pero también el centro generador de ganadores y perdedores en el sistema, por encima de la voluntad popular en el caso de las elecciones. O bien, por encima de la propia Constitución en el caso de los fallos judiciales tendenciosos o de interpretación constitucional literal, donde lo literal da margen de razón a los aliados de los ministros. Al concentrar poder político, los ministros de la Suprema Corte serán cortejados por la mayoría en el poder, que al obtener la alianza se deslizará más cómodamente hacia la tentación autoritaria. Así, en la medida que los conflictos se resuelvan en la Suprema Corte, los grupos autoritarios de la mayoría en el poder tendrán asegurado su papel de ganadores, que los llevará a suprimir cada vez más las libertades políticas de los perdedores. O al menos, a hacer proliferar algunas prácticas autoritarias como la represión selectiva, el fraude electoral, el tráfico de influencias, y la transgresión de los derechos humanos.

Estos puntos neurálgicos de la ingeniería ins-

titucional del autoritarismo nos ayudan a establecer la relación entre autoritarismo y justicia constitucional en regímenes en consolidación democrática. En algunos, la democracia es un producto del pluralismo político más que de procesos institucionales, participación ciudadana en las decisiones, intermediación de intereses, y pactos tácitos o no entre los partidos políticos con el fin de consolidar el Estado democrático. En general, la lógica de los partidos es de querer “todo para el ganador”, especialmente en sistema presidencialistas poderosos, pues saben que al ganar la presidencia controlarán la totalidad del sistema político y del gobierno. La justicia constitucional que en régimen democrático es garantía de la estabilidad, actualización y modernización humanista de la Constitución, en un régimen en consolidación democrática —con más pluralismo que democracia— puede convertirse en un enclave autoritario poderoso.

PLURALISMO CONSTITUCIONAL: GOBERNABILIDAD EN REGÍMENES AUTORITARIOS Y DEMOCRÁTICOS

QUIERO AGRADECER a M. Jean-Rene Garcia, Consejero de los Secretarios Perpetuos de la Académie de Sciences de Paris, y a M. Guy Mazet, Profesor de la Universidad Paris Cité Sorbonne, la invitación a dar esta conferencia. Es para mí un honor dirigirme a ustedes en esta sala del Institut de France, que es uno de los más altos lugares del pensamiento y del humanismo en el mundo entero.

La cuestión del autoritarismo y de la democracia contemporáneos tiene que ver con el sentido de las libertades fundamentales o libertades básicas. Pero también con el método a través del cual los regímenes y, en consecuencia, los gobiernos, alcanzan y mantienen la gobernabilidad. El

asunto de las libertades tiene que ver con la persona, y el asunto de la gobernabilidad tiene que ver con las élites políticas, con su circulación, y su reproducción en el poder. Estos fenómenos son inherentes tanto a regímenes autoritarios como a regímenes democráticos. En este sentido la diferencia entre uno y otro es delineada por la voluntad de las élites de entender el pluralismo político como un elemento estructural y sistémico del humanismo constitucional.

Los regímenes autoritarios han pasado por etapas evolutivas desde hace al menos cuarenta años. En el proceso de sofisticación han diseñado pluralismos ilimitados sin efecto y pluralismos ilimitados efectivos, donde la oposición conoce la alternancia en el poder. Sin embargo en estos casos los enclaves autoritarios pueden beneficiarse del fenómeno de gobiernos divididos y de la pulverización del Congreso. En los regímenes democráticos el pluralismo es más legítimo como producto del constitucionalismo y elecciones libres, o de gobiernos que aceptan democratizar la toma de decisiones y son originales en el respeto y la ampliación de las libertades y los espacios públicos. Pero esas democracias desarrollan enclaves autoritarios que aseguran la gobernabilidad del sistema político. Esos enclaves autoritarios tienden a ser procedimenta-

les y a no pertenecer directamente al sistema político: los encontramos en el sistema de control constitucional, en el sistema legislativo, en la tecnología, o en los complejos estatutos que se van creando alrededor de la Constitución, y que en nombre de ella terminan diseñando una dinámica sistémica contraria al espíritu constitucional. De estas maneras uno y otro tipo de régimen buscan alcanzar la gobernabilidad, que es una necesidad pero también una obsesión de todo gobierno. Hasta hace dos décadas podíamos diferenciar con bastante claridad a la gobernabilidad democrática de la gobernabilidad autoritaria. La primera significaba legitimidad electoral y eficacia gubernamental con respeto de las libertades, y la segunda era un fenómeno exactamente contrario. Pero el sentido de la gobernabilidad autoritaria ha terminado por invadir el de la democrática. Hoy día muchos gobiernos presentan a las elecciones como el punto culminante de la democracia mientras proceden a limitar las libertades en el sistema normativo que reglamenta lo que dice la Constitución. Llamemos a esto la “democratización crónica”, un fenómeno ligado a la democracia pero distinto a ella. Lo que realmente presenciemos en la mayoría de los sistemas políticos contemporáneos es una democratización, es decir, el proceso que

se atraviesa para alcanzar la democracia, y éste puede ser una dinámica permanente que genera empates técnicos de las fuerzas políticas, conflictos políticos, y pluralismo constitucional. Estos fenómenos a su vez provocan efervescencia política, densificación de la lucha política (aunque no necesariamente densificación de la sociedad civil), ilimitada libertad de expresión, y una relación entre poderes de tensión y provocación, lo que da la ilusión de estar en presencia de una democracia consolidada. Pero al final, la sociedad civil, y las personas, se van quedando cada vez más desprotegidos en la eficacia de sus libertades y sus derechos fundamentales porque los sistemas de poder desarrollan controles normativos y lo que se conoce como el “error interesado”.

De manera que autoritarismos en estado puro pueden quedar muy pocos en el mundo entero, y lo mismo puede decirse de las democracias en estado puro. El pluralismo constitucional ha venido a sustituir en la estructura política y en el debate público a las verdaderas nociones de autoritarismo y democracia, dándoles a cada uno de estos regímenes un sistema de poder dentro del sistema político-constitucional. Así pueden presentarse como democracias, parecidas a las que el ciudadano aspira, y por la cual a veces conspira.

En la primera parte de esta conferencia abordaremos la relación entre la gobernabilidad, las libertades y núcleo humanístico del constitucionalismo derivado de la Ilustración. Hay un conocimiento y un sentido del conocimiento en este constitucionalismo. No sólo porque garantiza las libertades fundamentales sino porque representa el logos de la moral pública frente a las políticas del poder. En la segunda parte analizaremos cómo el pluralismo constitucional es una categoría de análisis para identificar el método autoritario que ha permitido a los regímenes autoritarios presentarse como democráticos, y a los regímenes democráticos hacer proliferar dentro de ellos enclaves y políticas autoritarias.

GOBERNABILIDAD, LIBERTADES Y LOGOS CONSTITUCIONAL

Durante mucho tiempo la dispersión del concepto de gobernabilidad distinto en principio, de la noción de gobernanza, ha dado lugar a confundir el sentido y la razón de este fenómeno. El concepto de gobernabilidad que hemos desarrollado en otros trabajos ha buscado establecer algunas variables que permitan estudiar este fenómeno en cualquier tipo de régimen político

dentro de la gama autoritaria y democrática. Así *la gouvernabilité est un équilibre dynamique entre la demande sociale et la capacité de réponse d'un gouvernement légitime ; c'est un état d'être du système politique fondé sur la fluidité de la structure de communication politique. Dans cet équilibre dynamique l'articulation politique des ambitions et des intérêts politiques s'obtient d'un côté, par des pactes corporatifs, et de l'autre côté, par des accords non corporatifs. La justice constitutionnel garantit la protection des droits fondamentaux et en même temps la résolutions des conflits du système politique.*

El sentido autoritario
y democrático de la gobernabilidad

Pero la gobernabilidad no sólo abarca gobiernos nacionales. La gobernabilidad asciende y desciende a través del orden mundial en los países. Sujeta su historia y petrifica sistema políticos. En efecto, las políticas mundiales establecidas por los países dominantes plantean a la gobernabilidad como el statu quo. Es la vieja concepción del Reporte de la Comisión Trilateral de 1975 que le dio auge al concepto de gobernabilidad. En aquel documento ésta era entendida como una resistencia a la democracia participativa donde la posibilidad de la lucha política es la esencia

del significado del sistema político. Es también la esencia de la tesis del fin de la historia de Fukuyama de los años noventa: no quedan democracias donde la igualdad política es el principio legitimante sino pluralismos necesarios al mercado. En una versión reciente eso es un pluralismo constitucional como veremos más adelante. Pero ¿esta concepción sigue vigente? ¿Ha triunfado definitivamente? ¿Va realmente contra la democracia? La lucha entre Ilustración y Contrailustración no se resuelve aún. A partir de las libertades fundamentales se propaga la posibilidad permanente del humanismo que persigue al “fin de la historia” de Fukuyama, es casi su negación o su punto de resistencia.

La gobernabilidad del sistema político tiene un corolario esencial que es la gobernabilidad política, es decir, la que se teje con las políticas del poder para concentrar poder. Por el momento vamos a detenernos en el hecho de que la gobernabilidad tiene explicaciones sistémicas, políticas, y económicas. En las primeras, para mantener el equilibrio dinámico del sistema político se recurrirá a la gobernabilidad por negociación pragmática, o por normatividad, que impacta autoritariamente al sentido y el contenido de la Constitución. Estos dos mecanismos de gobernabilidad pasan por lo corporativo y lo

no corporativo. Los dos contienen el deseo de la élite en el poder de controlar, limitar, aislar, y seleccionar a los jugadores en el sistema, los vetos legales y metaconstitucionales, y de ser posible los resultados electorales, el ritmo de la circulación de las élites, y la concepción del tiempo político donde ocurra su reproducción en el poder. Para un régimen autoritario la gobernabilidad es asunto de prestigio y supervivencia: en ellos se tiene la creencia que cualquier crítica o alternancia política significa debilidad del régimen, resquebrajamiento de su imagen democrática, y paranoia política de que los opositores estén cerca de desplazarlos del poder. Para un régimen democrático la gobernabilidad significa desarrollo político, que es otro concepto ligado al sistema pluralista y que no necesariamente contiene la noción de constitucionalismo democrático.

Las explicaciones políticas de la gobernabilidad tienen que ver con la calidad de la comunicación política entre gobierno y sociedad, en la separación de poderes, en el sistema socio-político (ritmo de las movilizaciones, intensidad de las demandas, capacidad de respuesta gubernamental), en el sistema electoral y el sistema de partidos, y en el sistema de justicia constitucional. Como vemos, todos ellos empiezan y terminan en la Constitución. Los regímenes autoritarios

no dictatoriales han sido capaces de promulgar Constituciones donde esta dinámica política está protegida y garantizada en teoría. La realidad es que mientras tenga éxito el tercer factor de explicación de la gobernabilidad, es decir, la economía y las finanzas, un régimen autoritario tendrá asegurada la gobernabilidad de la manera como la quiera entender: la sociedad generalmente responde bien a las expectativas de una buena calidad de vida económica aunque la calidad de vida política se deteriore hasta desaparecer incluso la dignidad humana. La historia reciente nos enseña que los autoritarismos tienden a ser apoyados por la sociedad (e incluso desearlos) si tienen éxito o prometen tenerlo en el terreno económico.

La dinámica de la separación de poderes y la justicia constitucional, a pesar de que constituyen el núcleo del sistema político-constitucional, es algo que sucede lejos de los ciudadanos. Lo más cerca a ellos es el sistema electoral y el sistema de partidos. Estos son la estación de correspondencia entre el sistema político, el sistema constitucional y la sociedad.

LIBERTADES, LOGOS CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Libertades y logos constitucional

El asunto de la eficacia de las libertades considera la cuestión de diferenciar entre Estado, régimen y gobierno. Un Estado es la definición, esencialmente, de un territorio, de una población y de una organización política. Un régimen es el conjunto de las reglas constitucionales que indican cómo se va a elegir y a organizar el ejercicio del poder político. Pero un gobierno es la dimensión donde toda la teoría y la filosofía política y constitucional se va a concretar, a convertir digamos en políticas públicas y en políticas de poder. Son éstas políticas de poder configuradas como gobernabilidad política en los regímenes autoritarios y democráticos, las que dominarán a las políticas públicas que podrían definir al Estado como benefactor social de las libertades. El poder político, independientemente del tipo de élite que lo detente, busca su reproducción a cualquier costo, y para ello compromete el bien público, y en consecuencia las libertades. La vía efectiva para la reproducción de las élites en el poder es casi siempre la de la limitación de las libertades, la de su restricción, o la de su anula-

ción. Reproducirse en el poder es la antítesis de la democracia (cuya esencia son las libertades políticas), porque el principio de una democracia es que un grupo llega al poder mediante elecciones justas, lo ejercerá durante el lapso establecido en la Constitución, y tendrá que abandonarlo al cumplir ese periodo por la misma vía por la que llegó al poder. De esta manera ningún grupo o élite política tiene asegurada su reproducción en el poder de manera permanente. Y es ahí donde comienza la tentación autoritaria de limitar o anular las libertades.

En consecuencia, en un régimen con características democráticas, la batalla entre la limitación, el respeto y la ampliación de las libertades es permanente. Incluso logra crear tensiones en el sistema político y en el sistema constitucional en la medida que la sociedad civil esté politizada, densificada, controle espacios públicos y centros de poder social y a partir de ahí se manifieste en movilizaciones independientes. Esto puede ocurrir de manera permanente o de forma esporádica, en ocasión de alguna reforma constitucional o legal, o de un fraude electoral, que ponga en riesgo cuestiones clave de las libertades.

Los partidos, las asociaciones, los movimientos urbanos populares, y cualquier tipo de organización política o ciudadana tendrán un papel

fundamental en esa resistencia que se configurará como una lucha política. La vía institucional para esa lucha política es judicial-jurisdiccional a través de la Suprema Corte y a partir de la jurisprudencia legal y constitucional. Las definiciones y matices que la Suprema Corte agrega a través del método jurisprudencial a la concepción de las libertades fortalecen o debilitan, según sus interpretaciones, a los mecanismos internos de las libertades. Toda libertad tiene un “traje de luces” constitucional. Hay en la Constitución una definición sobre las libertades básicas o fundamentales que se percibe como total y sencilla de entender, cumplir y gozar. Pero en realidad, una vez que dejan de ser teoría constitucional y filosofía política para materializarse en la dinámica sistémica, las libertades se vuelven complejas. La interacción de las personas en el sistema político, cada una con sus libertades constitucionales implican mecanismos complejos. Por un lado, cada libertad contiene un sinnúmero de posibilidades de proceder de la persona, incluidas aquellas que invaden las libertades de los otros. Por otro lado, cada libertad está acotada o, por decirlo suavemente, regulada por reglas diseminadas en las leyes reglamentarias de los artículos constitucionales y en normas terciarias.

La tendencia contemporánea de los regíme-

nes políticos autoritarios y democráticos es volver procedimentales los procesos políticos y, en consecuencia, el ejercicio de las libertades.

Esto va acompañado de un escenario bifronte. Es decir, por una parte, la configuración de las libertades como garantías constitucionales se ha vuelto un ingrediente indispensable del discurso político, de los debates, y de los motivos por la lucha política.

Por otra parte, esto sirve de base justificativa para que los gobiernos diseñen procedimientos a través de los cuales se vuelva “más eficaz” el ejercicio de las libertades. Si tomamos en cuenta que la mayoría de las libertades políticas se ejercen casi siempre dentro de procesos políticos, la situación de diseñar procedimientos para su ejercicio dentro de esos procesos vuelve compleja la posibilidad del goce de las libertades. Además, los procedimientos, al ser etapas formales secuenciales que hay que cumplir para llegar al ejercicio de la libertad (de votar, de ser elegido, de impugnar etc.) permiten a los gobiernos un control específico, una capacidad de filtrar y de seleccionar quiénes pueden ejercer la libertad y quiénes no.

Esto tiene implicaciones autoritarias: de esta manera se puede seleccionar no solamente hasta dónde los ciudadanos pueden ejercer sus libertades

des (por ejemplo, tener derecho a votar pero no a ser elegido) sino también a crear mecanismos de eliminación de los adversarios políticos. Podemos llamar a esto una limitación procedimental, lo que implica precisamente una tentación autoritaria.

Es aquí donde la categoría de “error interesado” se revela esencial al sistema de poder. Un error en la justicia electoral, por ejemplo, aunque sea cumpla al reposición del procedimiento o el tribunal electoral reconozca en su fallo que hubo alteración del procedimiento democrático, puede alterar una elección a favor de agentes o enclaves autoritarios.

Lo mismo ocurre con la justicia constitucional, cuando los jueces constitucionales desarrollan la *realpolitik* constitucional con sus preferencias políticas y sus intereses personales. La libertad no es protegida como tal por la justicia constitucional sino en la medida que legitima al sistema político y constitucional. Por eso las libertades fundamentales son, por un lado, objeto de lucha política, y por el otro, pensamiento y conocimiento, a la vez que generan un conocimiento crítico del poder.

Foucault se preguntó hace varias décadas si hay algún sistema de pensamiento que no sea parte de un sistema de control o de exclusión.

Nosotros podemos preguntar si hay alguno que no sea parte de la historia natural del poder.

El sentido del conocimiento que contiene una Constitución es indefenso frente a la ingeniería de las políticas del poder. Trata de limitar los componentes esenciales del poder (egoísmo, ambición, amoralidad, manipulación), pero no puede nada contra dos procesos que acompañan en el tiempo contemporáneo a los sistemas de poder: la conspiración discursiva y la conspiración estructural, de la cual el pluralismo constitucional es el producto más acabado.

El logos constitucional se presenta como una razón pública viviente en contraposición a la genealogía e ingeniería de las conspiraciones metaconstitucionales. Tanto en los autoritarismos como en las democracias estas conspiraciones se ensamblan en ocasión de unas elecciones, de una reforma constitucional, o de un fallo constitucional. No solamente van dirigidas a la sociedad sino que las conspiraciones son contra el mismo poder por parte de diversas élites y, en conjunto, son contra la verdad.

La gobernabilidad puede ser producto de ellas si los dirigentes en los autoritarismos y las democracias terminan negociando libertades a cambio de suplementos financieros para mantenerse en el poder.

El logos constitucional también contiene la cuestión de la moral, la moralidad y la razón pública. La Constitución es capaz de producir gobernabilidad cuando estos elementos forman parte del equilibrio dinámico del sistema político. Es decir, cuando la calidad de la comunicación entre gobernantes y gobernados descansa sobre políticas públicas eficaces pero también sobre políticas de la verdad.

El humanismo constitucional, núcleo del constitucionalismo de la Ilustración y que predomina en casi todas las constituciones del mundo, casi inmediatamente al momento en que es legitimado en una Constitución debe enfrentar a su peor enemigo, las políticas constitucionales. Éstas, como sabemos, implican el avasallamiento de la Constitución, por programas políticos, ideologías, políticas mundiales, o conspiraciones discursivas. Éstas a su vez diseñan el status de la selección política, fundamental para toda gobernabilidad autoritaria donde la élite en el poder busca permanecer. Es una selección en términos de exclusión, represión, reclutamiento y limitación.

Pluralismo constitucional: sofisticación del método autoritario

El pluralismo constitucional es una categoría alcanzada por los regímenes autoritarios, en un alto grado de sofisticación. La cuestión consiste en que la fuente de la gobernabilidad política deja de ser el discurso del poder y la correlación de fuerzas políticas en la división de poderes o en el sistema electoral. Ahora la fuente de legitimación proviene de una institución jurisdiccional como la Suprema Corte, pues el sistema político es conflictivo a niveles que la Constitución no contempla solución. Es así como los actores en disputa, que pueden ser el poder legislativo contra el poder ejecutivo, acuden a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional a litigar la Constitución para obtener la razón y erigirse en ganadores del litigio constitucional (el cual se habrá convertido en un enfrentamiento político).

Los regímenes autoritarios como México, han pasado de la política de represión selectiva, liberalizaciones y pluralismo ilimitado, al método constitucional. A lo largo de la mayor parte del siglo XX, México fue un Estado social autoritario, con elecciones regulares y formalmente establecidas e incluso con una Constitución sociodemócrata. Pero las libertades eran limitadas

en la práctica y el control autoritario combinaba la represión física con la cooptación. A partir de los años noventa el régimen mexicano pasó de ser un autoritarismo liberal a un autoritarismo pluralista, donde los partidos podían ganar algunas elecciones locales pero no acceder al control de los centros de poder. Después hubo otra etapa que he llamado autoritarismo institucional, en la cual el régimen autoritario comenzó a institucionalizar sus maniobras autoritarias a través del sistema legal y constitucional. Esto fue así hasta el año 2000, cuando el partido oficial pierde la presidencia de la República. Pero a partir de entonces, el nuevo partido en el poder lejos de dismantelar las estructuras y enclaves autoritarios se fundó en ellas para gobernar y reproducirse en el poder. El régimen autoritario siguió intacto y sólo hubo un cambio político en el gobierno. Esto dio paso a lo que llamo pluralismo constitucional, una etapa en la cual los derechos fundamentales, el sistema constitucional, y la justicia constitucional se convirtieron en valores sociopolíticos en el discurso del régimen y en el de la oposición. Sin embargo, un sistema político con una estructura formal democrática, un pluralismo electoral, y un empate técnico de las fuerzas políticas en los cargos de elección popular configuró un escenario conflictivo crónico

desde la división de poderes hasta las cuestiones electorales. La Constitución no prevé la solución a todos esos conflictos. Cuando hay una disputa por ver quién tiene la razón de acuerdo a la Constitución, se recurre a la Suprema Corte para que la interprete. El alto grado u número de conflictos interinstitucionales ha terminado por hacer del pluralismo una fuente de litigios constitucionales. La Suprema Corte se ha convertido en un centro generador de ganadores y perdedores en el sistema, pues las jurisprudencias constitucionales no sólo significan un fallo jurisdiccional para dar la razón constitucional a una de las partes. El sentido de fondo es que genera legitimación para uno y deslegitimación para otro. Esto tiene como consecuencia que los ministros de la Suprema Corte desarrollen preferencias políticas, sometimiento al Poder Ejecutivo, o cedan a presiones del mismo que intentará controlarlos por todos los medios. Esto configura una verdadera realpolitik constitucional que se aleja de la neutralidad jurisdiccional y de la filosofía humanista del logos constitucional. De esta manera la jurisprudencia constitucional regula el pluralismo político. En ocasiones en vez de defender a la Constitución de los efectos perversos del sistema político, la Suprema Corte utiliza vuelve a la justicia constitucional un instrumento

para defender al sistema político de los efectos democráticos de la Constitución. El Poder Ejecutivo en un régimen presidencialista autoritario termina por controlar a la Suprema Corte. A través de ella puede legitimar maniobras autoritarias e incluso violación a los derechos fundamentales cometidas por grupos en el poder coludidos con el Presidente.

Pero hay otro caso en que la Suprema Corte se convierte en la rama más peligrosa de la división de poderes. En este escenario no actúa dentro de un régimen autoritario sino que contribuye a engendrarlo. Un ejemplo es el golpe de Estado en Honduras en 2009. Formalmente, el presidente Zelaya fue destituido por la Suprema Corte, que votó por unanimidad la acusación por traición a la patria, abuso de autoridad, y usurpación de funciones, y giró una orden de captura y allanamiento. El móvil de los enfrentamientos entre el presidente, el Congreso y la Suprema Corte fue la intención de aquel de someter a consulta, en las elecciones generales, el proyecto de convocar a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución. Esas reformas incluirían la de levantar la restricción de la no reelección presidencial. Esta aspiración del presidente de Honduras, que no está en ningún documento escrito, es el origen de que la Suprema Corte haya conside-

rado que violaba la Constitución de ese país. La característica a subrayar es que la Suprema Corte le ordenó al ejército de ejecutar la orden de aprehensión. Las fuerzas armadas entraron en la residencia oficial del Presidente y lo expulsaron del país inmediatamente. Se instaló un gobierno de facto, que no fue reconocido por ningún gobierno democrático y la Organización de Estados Americanos votó la expulsión de Honduras. Analicemos el escenario: a) una Suprema Corte que acepta la procedencia de la acusación por traición a la patria del Presidente (que es el sueño de todo ciudadano), b) un ejército que actúa por órdenes de la Suprema Corte para destituir a un presidente electo democráticamente (que es el sueño de todo ejército). Uno y otro se blanquean mutuamente, formalmente actúan dentro de la Constitución, y el resultado es un golpe de Estado genial.

Autoritarismo dentro de las democracias

Quisiera terminar con una reflexión expuesta en mi último libro sobre la justicia constitucional mundial. Es la dicotomía entre democracia y autoritarismo o, en palabras de Bobbio, democracia-autocracia. Esta es sin duda uno de

los componentes de la mayoría de los sistemas democráticos. El autoritarismo no es particular a los regímenes autoritarios. Es uno de los componentes de la práctica política y de la masa normativa de una democracia. Uno de los mejores ejemplos es Estados Unidos y las reformas legales después del ataque del 11 de septiembre, que desprotegieron derechos fundamentales. Hace mucho Bobbio planteó una pregunta importante en este sentido: ¿Es posible un sistema democrático internacional entre Estados autocráticos?” Y en seguida nos refiere una conclusión de Germani: “La actual situación del ‘sistema internacional’, de estrecha interdependencia y de internacionalización de la política interior, tiende a favorecer las soluciones de tipo autoritario más que las democráticas.”³³

Esas soluciones de tipo autoritario son factibles en las democracias y, en la medida que la opinión pública se debilite y los grupos opositores también se debiliten, la mayoría en el poder tiende a hacer uso de ese género de soluciones con más frecuencia, sea para imponer políticas fiscales o para acotar derechos humanos. El pragmatismo de la *realpolitik*, de la economía y de las finanzas, acapara los nervios de la socie-

33 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1986, pp. 190-191 [214 p.]

dad mundial. Esto aleja a los ciudadanos, actores políticos, gobernantes, legisladores, y jueces constitucionales, de la conciencia íntima y social de la reflexión y de la filosofía sobre la que se fundan las diversas genealogías políticas, sociales, y morales del tiempo filosófico humano y lingüístico. El discurso constitucional y las políticas constitucionales de cualquier poder político actual, que establecen a la Constitución como la fuente legítima del sistema moral de la vida pública, se funda al menos en dos dimensiones. Por un lado, en una filosofía de la Ilustración y de la Contrailustración (constitucionalistas de izquierda y constitucionalistas de derecha), cuyos neologismos aparecen de vez en cuando para librar la misma vieja batalla que inició en el Siglo de las Luces. Por otro lado, se funda en un pragmatismo de la *realpolitik*. El constitucionalismo de izquierda y el de derecha se simplifican a la razón instrumental, a la razón cínica, y a lo que podemos llamar la razón liquidacional: Es decir, el cierre definitivo de la filosofía crítica, del pensamiento dialéctico, y del sentido humanístico de la dimensión constitucional en el *ethos* cultural de las sociedades.

EXCURSO SOBRE LA CONCEPCIÓN Y FENOMENOLOGÍA DE LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo desarrollaremos la noción de jurisprudencia y de jurisprudencia constitucional desde su concepción descriptiva, sus elementos y su diseño, hasta el análisis de los efectos de la interpretación constitucional como presupuesto teórico y práctico de los fallos constitucionales que pronuncian jurisprudencia. Abordaremos la definición y la racionalidad de la jurisprudencia, las características, diseño y tipos de jurisprudencia, los pronunciamientos en tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre los sistemas de producción de jurisprudencia así como sobre su obligatoriedad y su interrupción, el debate contemporáneo de la interpretación constitucional y la situación de los jueces constitucionales

que le dan certidumbre o incertidumbre al sistema de control constitucional dependiendo de su grado de neutralidad o de self-restraint.

DEFINICIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Constitución y el conjunto de normas que integran el sistema jurídico requiere de una actualización permanente. En efecto, los cambios sociales, políticos y económicos así como los conflictos en el sistema político y en el sistema jurídico exigen que el orden jurídico sea dinámico. La Constitución no puede ser un documento referencial intocable. Es preciso que sea una “Constitución viviente”.³⁴ El constituyente permanente —es decir el Congreso a través de las facultades y procedimientos de la reforma constitucional— y la Suprema Corte o el Tribunal Constitucional, son las dos instituciones que otorgan a la Constitución su dinámica a través de las reformas constitucionales en el caso del constituyente permanente, y la jurisprudencia legal y constitucional en el caso de la Suprema Corte y/o el Tribunal Constitucional. El derecho positivo se

34 Cfr. Ackerman, Bruce, “The Living Constitutions”, en: *Harvard Law Review*, vol. 120, mayo 2007, no. 7, pp. 1737-1812.

hace y se renueva a través del método legislativo y del método jurisprudencial. Así, podemos entender por jurisprudencia

Desde el punto de vista gramatical, el vocablo proviene del latín *iuris prudentia*, que alude a la prudencia del derecho, prudencia de lo justo. Tiene entre sus significados: ciencia del derecho; teoría del orden jurídico positivo; conjunto de sentencias de los tribunales y doctrina que contienen; criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.³⁵

LA RACIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

Desde la definición de Ulpiano de jurisprudencia —*Jurisprudentia est divinarum etque humanarum, rerum notitia, justī atque injustī scientia* (la jurisprudencia es conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto)— hasta nuestra época, debemos entender a la jurisprudencia como una verdad jurídica dinámica, que permite al orden normativo renovar la certeza jurídica y la vigencia del método normativo de la sociedad. Es una abstracción a partir de un caso concreto que conceptualiza la

35 Ruiz Torres, Humberto Enrique, *Diccionario del juicio de amparo*, México, Oxford University Press, 2005, p. 235 [429 p.]

interpretación de la norma y la convierte en un razonamiento. Una vez que la jurisprudencia es aceptada desde los mismos parámetros que es aceptada una norma, es decir que sea percibida como legal y legítima, ese razonamiento se convierte en verdad jurídica hacia el interior del orden jurídico, y en “razón pública aplicada”³⁶ hacia el interior del sistema social y del sistema político. En el caso de la jurisprudencia constitucional se trata de una renovación de las dilemas constitucionales que plantearon los constituyentes o generaciones pasadas. Como indica Samaha

The question of the Constitution’s authority across generation rests within a division of constitutional theory. The challenge is to answer the complaint that following an ancient constitution amounts to dead generations governing the living.³⁷

[La cuestión de la autoridad de la Constitución a través de generaciones es aún sin un apartado en la teoría constitucional. El desafío es plantear el problema que hay atrás de una antigua constitución que viene de generaciones muertas gobernando a los contemporáneos.]

36 Rawls, John, *Liberalismo político*, México, FCE, 1995, p. 207 [359 p.]

37 Samaha, Adam M., “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation”, en: *Columbia Law Review*, vol. 108, 2008, p. 609.

El cuestionamiento de la eficacia de la Constitución de manera permanente implica abordar la cuestión planteada por Vermeule sobre cuáles son los arreglos institucionales que podrían maximizar la calidad epistémica de la ley.

what institutional arrangements would maximize law's epistemic quality? [...] How durable are constitutions, in fact, and how durable should they be? What factors determine the lifespan of written constitutions? In an important recent work, it has been shown that ease of amendment increases the expected constitutional lifespan, as does the existence of constitutional review...³⁸

[qué arreglos institucionales podrían maximizar la calidad epistémica de la ley? [...] ¿Qué tan durable son las constituciones, de hecho, y qué tan durables puede ser? ¿Qué factores determinan la vida de una constitución escrita? En un importante estudio reciente, se demostró que enmiendas fáciles incrementa la expectativa de vida constitucional, así como la existencia de la revisión constitucional...]

La elección racional de los jueces para el diseño argumentativo de la jurisprudencia nos remite a un sentido filosófico y a un sentido epistemológico, antes de pasar a ser un instrumento de precisión judicial. Una diferencia entre la norma y la jurisprudencia es que la primera constituye un eje jurídico en la ingeniería legal y constitucional, mientras que la segunda es un eje judicial,

38 Vermeule, Adrian, *Law and the Limits of Reason*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 187 y 191.

aunque las dos deben responder a la exigencia de eficacia y efectividad. Así, el sentido filosófico de la jurisprudencia puede ser condensada en lo que Rawls llama el “bien del sentido de la justicia”:

Le sens de la justice est le désir efficace d'appliquer les principes de la justice et d'agir selon eux, donc selon le point de vue de la justice. Il faut donc établir qu'il est rationnel (au sens de la théorie étroite du bien), pour les membres d'une société bien ordonnée, de poser leur sens de la justice comme dominant leurs projets de vie. Il reste alors à démontrer que cette disposition à adopter le point de vue de la justice et à être guidé par lui s'accorde avec le bien de l'individu.³⁹

[El sentido de la justicia es el deseo eficaz de aplicar los principios de la justicia y de actuar según ellos, es decir según el punto de vista de la justicia. Es necesario entonces establecer que es racional (en el sentido de la teoría estrecha del bien), para los miembros de una sociedad bien ordenada, de plantear su sentido de la justicia como dominadora de sus proyectos de vida. Queda entonces por demostrar que esta disposición de adoptar el punto de vista de la justicia y a ser guiado por él se acuerda con el bien del individuo.]

La racionalidad de los jueces apoyada en su percepción de lo que es el bien para el individuo —y la suma de todos los individuos, la sociedad— se integra como racionalidad social y permite que la administración de la justicia sea objetiva, percibida como justa, con las caracte-

39 Rawls, John, *Théorie de la justice*, París, Seuil, 1997, p. 608 [665 p.]

rísticas de generalidad objetiva y certeza jurídica, propias de la ley. El sentido epistemológico de la jurisprudencia comprende la concepción de la jurisprudencia como “hipótesis jurídicas correctas” que al asentarse como referencia judicial en la administración de la justicia —sentencias, fallos, laudos— se vuelven conocimiento. En este sentido Lautmann analiza la racionalidad de la jurisprudencia como aplicación y creación del derecho positivo.

Quizá los objetivos epistémicos de la jurisprudencia pueden ser caracterizados de la siguiente manera: las normas del derecho son precisadas y sistematizadas y se elaboran propuestas para llenar las numerosas lagunas que presentan estas reglas. El objetivo principal de esta tarea es la aplicación y la creación del derecho positivo. En forma muy abreviada uno podría describir los objetivos de la jurisprudencia de la siguiente manera: elaboración teórica de las formas legales y legítimas de la vida social del hombre. Así, pues, la legalidad y la legitimidad, es decir los aspectos de los jurídicamente correcto y de lo que es aceptado como justo, condicionan la prioridad de los métodos normativos en la jurisprudencia; hay que examinar con las reglas del derecho, de la ética y de los objetivos políticos (con medios lógicos y del análisis lingüístico) cuáles son las hipótesis jurídicas correctas. Los enunciados de la ciencia del derecho pretenden ser normativamente verdaderos, es decir, coincidir con el código de la vida del hombre en sociedad.⁴⁰

Ahora bien, la jurisprudencia también produ-

40 Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, México, Fontamara, 1997, p. 54 [142 p.]

ce un “movimiento dialéctico que opera por el fenómeno de la concreción de las normas” al establecerse un marco referencial y actuante entre tesis (norma), antítesis (decisión jurisdiccional) y síntesis (jurisprudencia). Como anota Da Silva

Lo cierto es que al pasar de la antítesis a la síntesis se produce una nueva situación jurídica, diferente de la inicial, pues la sentencia no es idéntica a la norma en que se funda, pues la interpreta y, en ocasiones, la integra. Por otra parte, para el cumplimiento o ejecución de la sentencia, ésta debe ser interpretada como cualquier norma jurídica. Este fenómeno puede apreciarse con mayor claridad si se atiende a la figura de la jurisprudencia. La norma general (tesis), se hace concreta mediante la decisión jurisdiccional (antítesis), y, en determinadas condiciones, produce una nueva norma general que es la jurisprudencia (síntesis), cuyo contenido no es idéntico al de la norma inicial.⁴¹

La dialéctica que da origen a la jurisprudencia sólo podemos observarla en los casos en que haya una norma establecida.

Para los casos en que es el vacío legal o constitucional el que genera la controversia que da lugar a la jurisprudencia ese esquema dialéctico no se presenta. En este caso podemos precisarlo como una ecuación jurídica destinada a despejar la incógnita x (el vacío legal o constitucional) con la jurisprudencia, lo que resuelve el escenario de la controversia.

41 Da Silva, Carlos, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en: Vázquez, Adolfo, Op. Cit., p. 143.

EL MÉTODO JURISPRUDENCIAL

El proceso de creación del derecho a través del método legislativo —el proceso legislativo en el Congreso— y del método jurisprudencial —es decir a través de las fórmulas generalmente aceptadas en los sistemas jurídicos que son por reiteración, por contradicción de tesis, por unanimidad, o por tesis jurisprudencial con aprobación por mayoría calificada del cuerpo colegiado⁴²— se apoya en referentes distintos. El método legislativo procede muchas veces mediante el sentido deductivo y el sentido inductivo. Es decir, por un lado, los problemas de la sociedad, sus aspiraciones en cada generación, deben ser legislados

42 En el caso de México se requiere respectivamente: cinco tesis consecutivas sin interrupción en contrario; denuncia de la contradicción de tesis por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito o del Procurador General de la República ante la SCJN que decidirá sobre la tesis válida y que pasará a ser jurisprudencia; el voto unánime de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito en el resolutivo que da rango de jurisprudencia a los argumentos de cinco tesis ininterrumpidas en el mismo sentido; el voto de mayoría calificada, es decir ocho votos de los once ministros que componen el pleno, para los fallos en las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en este caso la ley indica que las argumentaciones en que se apoya el fallo sobre el caso que resuelven alguna de estos dos juicios, forman parte de la jurisprudencia).

para prevenir el desequilibrio y al mismo tiempo para asegurar e incentivar el desarrollo del bien común; por otro lado, el legislador al que se le pide una visión de la sociedad y de la política, analiza los compromisos, los rendimientos y las perspectivas del sistema normativo y de los fenómenos sociopolíticos, e induce al Congreso a legislar para hacer evolucionar el estado de cosas.

El método jurisprudencial de creación del derecho positivo procede con sentido analítico. La eficacia y efectividad de la jurisprudencia debe demostrarse de manera mucho más inmediata que una ley, porque en principio los fallos, tesis y laudos, tienen como objetivo la resolución judicial de un litigio o controversia. Es la racionalidad de ese fallo, tesis o laudo lo que constituye jurisprudencia. Es la argumentación de la resolución judicial a un caso particular lo que tiene el carácter general de derecho positivo. Esa argumentación está apoyada necesariamente en diversos análisis metajudiciales, y que tienen que ver con diversos aspectos sociales, económicos, psicológicos, o sociológicos. Se basa en instrumentos y conceptos de análisis que no necesariamente tienen que ser del circuito del razonamiento jurídico sino fuera de él.

La jurisprudencia no es la conceptualización de lo jurídico desde una perspectiva judicial,

porque eso implicaría que los jueces interpretaran la ley desde las mismas fuentes de la ley, lo que equivale a una cacofonía que generaría crisis en la certeza jurídica.

La jurisprudencia es una revelación del derecho a partir del razonamiento de la fenomenología política, social, y cultural que incluye la valoración de las racionalidades sobre bien común, igualdad, libertad.

Los jueces no pueden obedecer a su libre arbitrio para diseñar jurisprudencia, aunque puede suceder que en efecto el libre criterio del juez determine un fallo.

Tiene que hacerlo con arreglo a tres cosas: a una valoración de situaciones y criterios especializados que no pertenecen al ámbito jurídico o judicial, a una objetividad que es la suma de subjetividades que se encuentran funcionando en el sistema como fuentes legitimantes del orden jurídico, social y político, y a los precedentes pues “Las normas de la justicia se originan en la tendencia natural de la humanidad a considerar normal y racional pensar y decidir de conformidad con los precedentes”.⁴³

43 Smith, T. B., “Legal Precedent” en: Dictionary of the History of Ideas. Studio Selected Pivotal Ideas, Nueva York, Charles Scribner’s Sons Publishers, vol. III, pp. 27-32, citado en: Góngora Pimentel, Genero, Introducción al juicio de amparo, México, Porrúa, 1987, p. 637 [686 p.]

Dworkin analiza que

La práctica del precedente, que ningún juez que haga interpretación puede ignorar, ejerce una presión para legar a un acuerdo; as teorías de cada juez acerca de lo que es la práctica se incorporan por referencia a través de cualquier descripción y reestructuración de precedente en la que se apoye, aspectos de otras interpretaciones populares de la época.⁴⁴

La norma jurídica debe convertirse en un modo de producción social del bien común, de la igualdad y de los derechos fundamentales. La jurisprudencia debe convertirse en un modo de producción de equilibrios entre la resolución de un caso particular y la normatividad con carácter general a la que da lugar.

En la concretización de normas jurídicas a situaciones sociales, los juristas, los abogados, el juez y otros prácticos del derecho tienen que ejercitar un criterio que les es concedido por las normas vagamente formuladas y que suelen presentar muchas lagunas. Esta actividad del jurista (que quizá es la más importante y la más política) es conducida, por una parte por normas extrajurídicas (criterios de valoración ético-políticos, etc.). Por otra parte, intervienen numerosas reflexiones acerca de la realidad social, cuando hay que ejercitar este criterio: el que tienen que adoptar una decisión jurídica reflexiona acerca de las causas económicas, culturales, psíquicas, etc., de la conducta en cuestión; analiza

44 Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, pp. 72-73, citado en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2002, p. 149 [298p.]

las posibilidades alternativas de acción de las partes; especula acerca de la aceptabilidad y de las consecuencias prácticas de las alternativas que interesan para la decisión.⁴⁵

De esta manera la jurisprudencia absorbe la dimensión racional de la fenomenología social y la integra al derecho positivo. Es así que convenimos en definir a la jurisprudencia como fuente del derecho positivo generada por la interpretación de la ley o de la Constitución. En su aspecto positivo-jurisdiccional “se traduce en consideraciones, interpretaciones, razonamientos y estimaciones jurídicas que hace una autoridad judicial en un sentido uniforme e ininterrumpido, en relación con cierto número de casos concretos semejantes que se presenta su conocimiento, para resolver un punto de derecho determinado”.⁴⁶

En definiciones más descriptivas como las de Góngora Pimentel, tenemos que

la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente...

[...]

La jurisprudencia es sólo interpretación, sin que pueda

45 Lautmann, Rüdiger, Op. Cit., p. 59.

46 La cita es de Ignacio Burgoa, referida en: Ruiz Torres, Humberto Enrique, Diccionario del juicio de amparo, México, Oxford University Press, 2005, p 238 [429 p.]

derogar, modificar o adicionar en forma alguna a determinada ley, toda vez que ésta o sus disposiciones interpretadas subsisten en sus términos.

[...]

la jurisprudencia es fuente del derecho, equiparándose a la misma ley en su fuerza obligatoria, sin llegar a constituir formalmente una norma jurídica, pero sí con los atributos esenciales de la ley, como son, la generalidad, la impersonalidad y la abstracción, entonces necesario es concluir que al igual que la ley, según los términos en que se haya sentado la jurisprudencia, autoriza determinado tipo de conducta, ordena en cierto sentido o prohíbe la realización de determinados actos.

[...]

la validez de la jurisprudencia no es autónoma, sino derivado de la ley por considerarla un medio interpretativo de normas legales preestablecidas, es decir que el juzgador no se convierte en legislador, sino que éste a través de la ley y en uso de sus funciones propias, es quien reconoce a la jurisprudencia su validez y obligatoriedad, motivo por el cual al aplicarse ésta, es lógico y jurídico decir que es la norma actuante.⁴⁷

Con estas definiciones podemos establecer que la jurisprudencia es un procedimiento de análisis e interpretación de la ley y la Constitución que se hace a través de los cuerpos colegiados de los órganos judiciales como —como la Suprema Corte. Su objetivo principal es llenar las lagunas, corregir las incongruencias o contradicciones en el sistema normativo jurídico.

Aún cuando la jurisprudencia no tiene el ran-

47 Gongora Pimentel, Genero, Op. Cit., pp. 632,633 y 635.

go de ley sí tiene fuerza normativa y coercitiva porque es fuente del derecho.

Una vez que una jurisprudencia ha sido votada por el órgano judicial tiene obligatoriedad porque sustituye a la ley o al precepto constitucional en cuestión, para la confección de los fallos y sentencias judiciales.

ASPECTOS DE LA JURISPRUDENCIA EN LAS TESIS DE LA SUPREMA CORTE

A continuación veremos las tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre algunos aspectos de la jurisprudencia que han sido materia de resolución como son el sistema de formación, la obligatoriedad, la no retroactividad, y la interrupción.

Sistemas de formación de jurisprudencia

El sistema de formación de jurisprudencia son dos, por reiteración y por contradicción. La Suprema Corte lo ha dejado establecido de la siguiente manera:

SÉPTIMA ÉPOCA, TERCERA SALA, APÉNDICE 2000, TOMO IV, COMÚN, JURISPRUDENCIA DE LA SCJN, TESIS 302, P. 251. JURISPRUDENCIA, SISTEMAS DE FORMACIÓN. La jurisprudencia de

la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, se establece a través de dos sistemas. El ordenado por el artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales (reformado por decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial de dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro), que preceptúa que lo resuelto en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario constituye jurisprudencia siempre y cuando hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros tratándose de jurisprudencia del Pleno o por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas. El segundo sistema establece que se integra la jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción de tesis que sustenten las salas que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o respecto de las tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito, en este caso, no es indispensable que lo resuelto por el Pleno o las Salas de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, ya que únicamente se necesita para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuelva que hay contradicción de tesis y que decida cuál debe prevalecer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece: que la resolución de las Salas o del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucide una denuncia de contradicción de tesis sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. Jurisprudencia que además es obligatoria no sólo para los Tribunales Colegiados contendientes, sino para todos aquellos que se encuentran previstos en el artículo 192 de la Ley de Amparo, siempre y cuando tratándose de tribunales del orden común la legislación local sea similar al punto de que se trata en la contradicción de tesis. No obsta en forma alguna el hecho de que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, omita mencionar en la actualidad que la resolución del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que diluciden

una denuncia de contradicción de tesis de Tribunales Colegiados constituye jurisprudencia, pues como ya se dijo la Constitución Federal así lo establece.

Los anacronismos técnicos respecto a la legislación actual del artículo 192 de la Ley de Amparo de esta tesis no afectan la definición de los dos sistemas de formación de jurisprudencia que siguen vigentes.⁴⁸

Los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo establecen que se formará jurisprudencia por reiteración en la Suprema Corte (cinco sentencias ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario aprobadas por ocho ministros funcionando en Pleno de la SCJN o cuatro funcionando en Salas) o en los Tribunales Colegiados de Circuito (cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

48 En la redacción actual el artículo 192 de la Ley de Amparo, último párrafo, se indica que “También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados”. Igualmente en relación al número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente son 11 en total, y se requiere la votación de 8 para jurisprudencia el pleno y de cuatro en los casos de jurisprudencia de las salas. Las cursivas son nuestras, de igual manera en las cursivas en las tesis de la SCJN que se citen en adelante.

establecido, respecto a este sistema jurisprudencial por reiteración lo siguiente:

NOVENA ÉPOCA, SEGUNDA SALA, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, TOMO XV, FEBRERO DE 2002, TESIS 2ª/J. II/2002, P. 41. JURISPRUDENCIA. CUANDO SE ESTABLECE POR REITERACIÓN, SE CONSTITUYE POR LO RESUELTO EN CINCO EJECUTORIAS COINCIDENTES NO INTERRUMPIDAS POR OTRA EN CONTRARIO, POR LO QUE LA REDACCIÓN, EL CONTROL Y LA DIFUSIÓN DE LAS TESIS CORRESPONDIENTES SÓLO PRODUCEN EFECTOS PUBLICITARIOS. Los artículos 94, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 192, párrafo segundo y 195 de la Ley de Amparo prevén, respectivamente, que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación; que las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que los resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y sean aprobadas, tratándose de las del Pleno, por lo menos por ocho Ministros, o por cuatro Ministros, en el caso de las emitidas por las Salas; así como las reglas relativas a la aprobación del texto y rubro de las tesis jurisprudenciales y los requisitos para su publicidad y control, por lo tanto, la redacción, el control y la difusión de las tesis correspondientes, sólo tienen efectos publicitarios, mas no constituyen requisitos para la formación de los criterios de observancia obligatoria.

La jurisprudencia por contradicción se formará con el resolutivo del Pleno de la Suprema Corte sobre las contradicciones denunciada por las partes que indica el artículo 197 de la Ley de Amparo, en dos casos: por un lado, cuando la contradicción se origine en las tesis sustentadas

en las Salas de la Suprema Corte. En este caso las salas de la Suprema corte de Justicia de la Nación y los ministros que la integren, el Procurador General de la República, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas. El Pleno de la Suprema Corte deberá dictar la resolución correspondiente dentro del término de tres meses y ordenar su publicación. Por otro lado, en las contradicciones que se produzcan por las tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito. Según el artículo 197-A de la Ley de Amparo serán los ministros de la Suprema Corte, el Procurador General de la República, los Tribunales Colegiados de Circuitos mismos o los magistrados que lo integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, los que podrán denunciar la contradicción. En este caso la ley ya no indica que será el Pleno de la Suprema Corte sino solamente “La Suprema Corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación...”

La Suprema Corte ha resuelto que basta con que las sentencias se sustenten en criterios discrepantes para que se configure la contradicción de tesis.

NOVENA ÉPOCA, PLENO, SEMANARIO JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, TOMO

XIII, ABRIL DE 2001, TESIS P./J. 27/2001, p. 77. CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE PROCEDA LA DENUNCIA BASTA QUE EN LAS SENTENCIAS SE SUSTENTEN CRITERIOS DISCREPANTES. Los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal, 197, y 197-A de la Ley de Amparo establecen el procedimiento para dirimir las contradicciones de tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El vocablo “tesis” que se emplea en dichos dispositivos debe entenderse en un sentido amplio, o sea, como la expresión de un criterio que se sustenta en relación con un tema determinado por los órganos jurisdiccionales en su quehacer legal de resolver los asuntos que se someten a su consideración, sin que sea necesario que esté expuesta de manera formal, mediante una redacción especial, en la que se distinga un rubro, un texto, los datos de identificación del asunto en donde se sostuvo y, menos aún, que constituya jurisprudencia obligatoria en los términos previstos por los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, porque ni la Ley Fundamental ni la ordinaria establecen esos requisitos. Por tanto, para denunciar la contradicción de tesis, basta con que se hayan sustentado criterios discrepantes sobre la misma cuestión por Salas de la Suprema Corte o Tribunales Colegiados de Circuito, en resoluciones dictadas en asuntos de su competencia.

La obligatoriedad de la jurisprudencia

De acuerdo a los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo que declara la obligatoriedad de la jurisprudencia tanto de la Suprema Corte como de los Tribunales Colegiados de Circuito, se ha establecido tesis jurisprudencial en ese sentido.

DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, TOMO VIII, DICIEMBRE DE 1998, TESIS XIV, 1. 8K, p. 1061. JURISPRUDENCIA. ES OBLIGATORIA PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN ACATAMIENTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE EMANA DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL. Si bien los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo que determinan la obligatoriedad de la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas y cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito, se refieren de manera genérica a órganos jurisdiccionales sin hacer mención a las autoridades administrativas, éstas también quedan obligadas a observarla y aplicarla, lo cual se deduce del enlace armónico con que se debe entender el texto del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Federal y el séptimo párrafo del artículo 94 de la misma Codificación Suprema; ello porque, por un lado, la jurisprudencia no es otra cosa sino la interpretación reiterada y obligatoria de la ley, es decir, se trata de la norma misma definida en sus alcances a través de un procedimiento que desentraña su razón y finalidad; y por el otro, que de conformidad con el principio de legalidad que consagra la primera de las disposiciones constitucionales citadas, las autoridades están obligadas a fundar y motivar en mandamiento escrito todo acto de molestia, o sea que deberán expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso, así como las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del mismo. Por tanto, conjugando ambos enunciados, obvio es que para cumplir cabalmente con esta obligación constitucional, toda autoridad deberá no solamente aplicar la ley al caso concreto, sino hacerlo del modo que ésta ha sido interpretada con fuerza obligatoria por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello. En conclusión, todas las autoridades, incluyendo las administrativas, para cumplir cabalmente con el principio de legalidad emanado del artículo 16 constitucional, han de regir sus actos con base en la norma, observando necesariamente el sentido que la interpretación de la misma ha sido fijado en la jurisprudencia.

De manera concreta los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte son el Pleno y las Salas de la Suprema Corte misma, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.⁴⁹

En cuanto a los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir la jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito son los Tribunales Unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Se observa que en este caso la jurisprudencia no es obligatoria para los Tribunales Colegiados de Circuito de donde emanó, a diferencia de la Suprema Corte que sí queda obligada a cumplir la jurisprudencia que resuelve.⁵⁰

49 Artículo 192, primer párrafo de la Ley de Amparo.

50 Artículo 193, primer párrafo de la Ley de amparo.

La no retroactividad de la jurisprudencia

La jurisprudencia no es retroactiva pues aún cuando es fuente de derecho no es una norma validada por el Congreso para que pueda tener esa característica. La Suprema Corte ha establecido que no puede exigirse su aplicación si aún no ha sido publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

NOVENA ÉPOCA, SEGUNDA SALA, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, TOMO XII, AGOSTO DE 2000, TESIS 2ª. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO PUEDE EXIGIRSE SU APLICACIÓN A LOS TRIBUNALES, SINO A PARTIR DE SU PUBLICACIÓN EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, O ANTES, SI DE ELLA TUVIERON CONOCIMIENTO POR OTRA DE LAS VÍAS PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO. De la interpretación adminiculada y armónica de los artículos 192 y 195 de la Ley de Amparo, se obtiene que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para los tribunales y que aprobado el texto de la tesis jurisprudencial, se remitirá al Semanario Judicial de la Federación y a los tribunales de amparo, para su publicidad y difusión. Por tanto, aunque la jurisprudencia es obligatoria en cuanto se integra, sólo puede exigirse de los tribunales su aplicación a partir de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, o antes si tuvieron conocimiento de ella por otros medios entre ellos, los previstos por los artículos 195 fracciones III y IV, y 197-B, de la Ley de Amparo. Por lo tanto, si al momento de resolver una cuestión jurídica aún no se había dado a una jurisprudencia aplicable al caso concreto la debida difusión por los medios señalados, ni

existen datos que demuestren su conocimiento previo por los tribunales de amparo, no puede, válidamente, imputárseles su inaplicación.

El conocimiento de la existencia de la jurisprudencia sólo es reconocido si son los tribunales quienes han tenido dicho conocimiento. De lo que se desprende que una de las partes no puede intentar hacer válido su conocimiento de dicha jurisprudencia que tal vez haya obtenido por medios extralegales e informales. Aparte de la publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la Ley de Amparo y la tesis citada de la Suprema Corte establecen como fuentes válidas de conocimiento de la jurisprudencia lo indicado en el artículo 195 fracción III, el cual indica que el Pleno o la Sala de la Suprema Corte o el Tribunal Colegiado respectivo deberán “III. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior [quince días hábiles siguientes a la fecha de su integración] al Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Colegiados de Circuito, que no hubiesen intervenido en su integración”. La fracción IV del mismo artículo dice: “IV. Conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccional-

les y las que se hubiesen recibido de los demás”, y en el párrafo dos de esa fracción indica que el Semanario Judicial de la Federación “deberá publicar mensualmente, en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito”.

Por otro lado el artículo 197-B citado en la tesis arriba expuesta indica que “Las ejecutorias de amparo y los votos particulares de los ministros y de los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito, que con ello se relacionen, se publicarán en el Semanario Judicial de la Federación, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, además de la publicación prevista por el artículo 195 de esta ley. Igualmente se publicarán las ejecutorias que la Corte funcionando en Pleno, las Salas o los citados Tribunales, acuerden expresamente”.

La interrupción de la jurisprudencia

El artículo 194 de la Ley de Amparo establece que una jurisprudencia puede ser interrumpida, y deja de tener carácter obligatorio pero conserva su validez. Para que esto ocurra es necesario que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, en el caso de que sea resuelta en

el pleno de la Suprema Corte, o por cuatro si es de sala, y por unanimidad de votos si se pronunciara en un Tribunal Colegiado de Circuito. La interrupción de la jurisprudencia debe ser razonada y ese razonamiento debe tener relación con los razonamientos que dieron origen a dicha jurisprudencia.

NOVENA ÉPOCA, SEGUNDA SALA, SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, TOMO XII, AGOSTO DE 2000, TESIS 2ª. CVI/2000, p. 365. JURISPRUDENCIA. SI ES INTERRUMPIDA POR UNA EJECUTORIA EN CONTRARIO DEJA DE SER OBLIGATORIA, PERO ELLO NO IMPIDE QUE SE SIGA EL CRITERIO DE AQUELLA NI TAMPOCO OBLIGA A QUE SE APLIQUE EL DE LA EJECUTORIA AISLADA. El artículo 192 de la Ley de Amparo establece la obligación para todos los órganos jurisdiccionales de aplicar la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, o sea de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda, mientras que el artículo 194 del propio ordenamiento previene que la jurisprudencia se interrumpa por una ejecutoria en contrario. De ambos dispositivos se sigue, que hay libertad para aplicar el criterio jurídico que se estime adecuado.

CARACTERÍSTICAS DE LA JURISPRUDENCIA

En principio podemos identificar dos: el poder de la jurisprudencia radica en que es un tipo de normatividad abierta y elástica. Es decir, abierta porque siempre cabe la posibilidad de que más adelante otra jurisprudencia se sobreponga a los términos de la existente —actualizando así a la jurisprudencia misma o corrigiéndola, aunque a veces también arruinándola—, mediante la modificación; y elástica porque los miembros de los cuerpos colegiados del Poder Judicial —en el caso de México ministros de la SCJN, magistrados del Tribunal Colegiado de Circuito, el Procurador General de la República— pueden solicitar, en un caso concreto, y exponiendo las razones, la modificación de la jurisprudencia a la Suprema Corte, quien resolverá si procede o no, y en qué términos. Esto contrasta con el constituyente permanente, donde para cambiar una norma o precepto constitucional se sigue un proceso de reforma legal o constitucional que puede implicar negociaciones difíciles y tardadas entre las fracciones parlamentarias en el Congreso cuando no existen coaliciones parlamentarias estables para alcanzar la mayoría relativa o calificada. Este proceso puede conllevar alteracio-

nes en la negociación de la agenda legislativa, pues las fracciones parlamentarias aprovecharán negociar su voto por otras reformas que tal vez no convengan a las demás fracciones parlamentarias, y la reforma puede entrar en un impasse legislativo.

FISIONOMÍA DE LA JURISPRUDENCIA

Además, podemos identificar otras características descriptivas de la jurisprudencia: 1] es un medio para la aplicación correcta de la ley, 2] no tiene supremacía legal puesto que no anula la norma que interpreta pues ésta sigue vigente, 3] tiene personalidad, generalidad y abstracción, 4] es específica pues autoriza, ordena o prohíbe determinados actos, 5] es limitativa (sobre todo cuando en algunos casos no tiene carácter vinculatorio) 6] su validez no es autónoma sino derivada de la ley, 7] es una norma actuante (frente a la norma establecida en términos de fijación en el tiempo), por lo tanto tiene naturaleza dinámica frente a la norma, ley o precepto constitucional, 8] se genera para actualizar, renovar, o modernizar una norma o precepto constitucional y le otorga eficacia y efectividad, 9] puede generarse para cubrir lagunas o microlagunas, contradic-

ciones o vacíos legales y constitucionales, o bien, puede constituirse jurisprudencia contra legem, 10] es inductiva pues de un caso particular se llega a una resolución de carácter general.

Además, la jurisprudencia es en primer lugar la interpretación de la ley que tiene como consecuencia con dos elementos procesales: ser adoptada judicialmente por los tribunales (y no sólo referencialmente), y ser aplicada (y no solamente recomendada).

Su función sociohistórica es que adapta precisamente a la norma o precepto constitucional a circunstancias históricas cambiantes.

Por último podemos observar lo que llamamos el circuito cerrado de la jurisprudencia: es creada por el derecho positivo —tiene reconocimiento como fuente de derecho con procedimientos legales y sistemas de formación jurisprudenciales reconocidas por la norma y la Suprema Corte— para dar aplicación y crear a su vez derecho positivo.

EL DISEÑO DE LA TESIS JURISPRUDENCIAL

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha establecido una serie de requisitos

para el diseño de las tesis jurisprudenciales. Éstas observan las siguientes ocho reglas:

- Debe ser una expresión escrita en una forma abstracta del criterio usado para interpretar la norma legal la cual fue aplicada para solventar un caso específico. No es un extracto o síntesis o sumario de una decisión legal.
- No debe contener información específica, sólo aquella de naturaleza general y abstracta.
- Establece la correlación que debe existir entre la tesis y la resolución legal del caso.
- La tesis debe ser escrita claramente y completa, no una sola parte de la decisión.
- Cada tesis debe contener un solo criterio de interpretación.
- Las tesis (5) que forman jurisprudencia obligatoria deben ser amalgamadas en un solo texto que corresponda a las cinco tesis.
- Debe haber un sistema de clasificación de tesis.
- Al final del texto de la tesis debe estar indicada la información sobre el caso y la existencia de tesis con la misma aplicación.⁵¹

51 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, no. 1, -115-16/febrero 1988.

Esas dos dimensiones de las características de una jurisprudencia nos revelan que se trata también de un documento sistematizado, de acuerdo a una estructura metódica tanto en su contenido como en su clasificación, que hace al sistema jurisprudencial.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional es la interpretación de la Constitución para sustentar los fallos judiciales en los juicios de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Hay dos tipos de instituciones facultadas por la Constitución de cada país para llevar a cabo el control constitucional que se ejerce a través de una jurisprudencia constitucional. Puede existir un Tribunal o Corte Constitucional (España, Italia, Alemania, Austria), o bien, se le puede otorgar facultades de control constitucional a la Suprema Corte (Estados Unidos, México).

Ahora bien, para que un Tribunal o Corte Constitucional pueda serlo propiamente dicho necesita cumplir al menos con dos requisitos esenciales: ser un órgano especializado en justicia constitucional y no pertenecer a ninguno de

los tres poderes. Si un Tribunal o Corte Constitucional que se denomine como tal pertenece constitucionalmente al Poder Judicial o a alguno de los otros dos poderes, en realidad estamos en presencia de otro tipo de órgano jurisdiccional constitucional pero no ante un Tribunal o Corte Constitucional. En los países donde la Suprema Corte tiene facultades de control constitucional ésta deberá seguirse denominando “Suprema Corte” pues no es un órgano especializado en justicia constitucional y las Suprema Corte pertenecen al Poder Judicial. La característica especial es que a sus facultades para conocer de controversias y litigios en otras áreas del derecho, se le otorga facultades para salvaguardar la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales a través de las figuras de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.⁵²

La discusión sobre el conjunto de normas que operan como mecanismos de efectividad de la Constitución, esto es lo que se ha llamado “la Constitución fuera de la Constitución”, tiene como fuente referencia a la jurisprudencia constitucional. Ésta es la encargada de mantener a

52 En México, esa facultad le es otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el artículo 105 constitucional.

la “Constitución viviente”, generar el equilibrio que necesita el sistema político, que también podemos llamar gobernabilidad constitucional.

La naturaleza abierta y elástica que también tiene la jurisprudencia constitucional —aunque menos propensa a serlo que la jurisprudencia en otras materias porque en este caso toca puntos fundamentales del Estado como la supremacía constitucional—, se debe armonizar con el equilibrio constitucional del texto vigente.

La legitimidad de la Constitución y la legitimidad de la jurisprudencia constitucional deben correlacionarse. En caso de no ser así, será la jurisprudencia constitucional y la Suprema Corte o el Tribunal Constitucional que la emita quienes conocerán los efectos sociales y políticos.

Esto es así porque en muchos países la legitimidad de la Constitución (independientemente de sus niveles de eficacia) está fuera de discusión.

La Constitución ha llegado a convertirse al mismo tiempo en un símbolo cultural y un símbolo histórico (de ruptura, refundación o revolución del régimen) pero también en un documento donde se han pactado los programas políticos y las ideologías de las distintas fuerzas políticas que actúan en el sistema político.

Una de las características de la jurisprudencia constitucional es el proceso integrador de las sen-

tencias que los jueces constitucionales elaboren conforme se van presentando los casos. Es decir, que los fallos constitucionales están correlacionados entre sí para sentar doctrina y referentes jurídicos y judiciales coherentes que fortalezcan a la Constitución. Como anota Magaloni

Se puede hablar de “razonamiento jurídico concatenado” precisamente por la obligatoriedad que adquieren los precedentes judiciales. En el caso de la Corte Suprema norteamericana es evidente cómo la doctrina constitucional va enlazando una serie de precedentes sobre la misma cuestión. Ello se explica fácilmente dado que es un sistema de case law. Sin embargo, aunque en forma menos consciente, los Tribunales Constitucionales europeos también están operando en forma similar al momento de argumentar sus decisiones. Basta leer cualquier sentencia de esos tribunales para observar las constantes referencias a los razonamientos de sus decisiones anteriores. En el caso de México, la jurisprudencia constitucional también obliga a los jueces, pero el hecho de que generalmente sólo se publica un extracto de la sentencia, y no su totalidad hace que sea más difícil apreciar este “razonamiento concatenado” al que hace referencia.⁵³

En los sistemas de control constitucional consolidados el razonamiento el proceso integrador

53 Magaloni, Ana Laura, “La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México”, en: Anuario de derecho público. Los controles constitucionales, México, ITAM/McGraw Hill, no. 1, 1997, p. 152. El texto citado es el pie de página número cuatro en el artículo.

de las sentencias es parte esencial de los fallos constitucionales.

Sin embargo, en los países donde el control constitucional se encuentra en desarrollo o bajo un régimen pluralista aunque no democrático, la fragmentación tiende a ser un mecanismo para evitar que los fallos el Tribunal Constitucional o la Suprema Corte adquiera fuerza de control sobre el régimen político.

De esta manera se cumple con la actualización de la Constitución y al mismo tiempo se evita que se fortalezca como un documento coherente que escape al control de la mayoría en el poder.

La jurisprudencia constitucional, en último término, viene a reflejar el razonamiento jurídico concatenado del órgano de control constitucional. Tratándose en particular de las disposiciones sobre derechos fundamentales, dado el carácter fragmentario e indeterminado que las caracteriza, la función integradora y concretizadora de tales preceptos, a través de la labor de interpretación de los tribunales constitucionales, es esencial para que los mismos tengan efectos jurídicos tangibles sobre la relación del ciudadano con sus autoridades.⁵⁴

La jurisprudencia constitucional se ha convertido en una parte importante de los sistemas políticos, sobre todo en los que presentan un alto nivel de conflicto. Si bien el objetivo primordial es la protección de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución,

54 Ibidem, p. 152-153. Las cursivas son de Magaloni.

la jurisprudencia constitucional se ha convertido en un mecanismo político. Cuando un conflicto se presente en el sistema político y los actores en disputa argumenta que se viola la Constitución y no llegan a acuerdos, el conflicto es llevado ante los tribunales constitucionales o la Suprema Corte, quien dirimirá la controversia mediante un fallo constitucional. En varios países el control constitucional es fuente de gobernabilidad, pero también, por la naturaleza política de este género de fallos, se observan dos fenómenos: por un lado, la judicialización de la política, en donde todos los conflictos relacionados con la Constitución son llevados al tribunal constitucional o a la Suprema Corte, de manera que la política ya no resuelve los input y output del sistema político de acuerdo a la lógica de las reglas del régimen político. Por otro lado, se observa la politización de justicia constitucional, pues los jueces constitucionales se convierten en actores políticos con poder de decisión judicial.

LITIGIOS CONSTITUCIONALES EN LA SUPREMA CORTE

Los litigios constitucionales aparecieron en México hasta mediados de la década de los noventa del siglo XX, con la reforma al artículo 105 constitucional en 1994. Esa reforma introdujo la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional para permitir el control constitucional. Estas figuras se convirtieron rápidamente en la vía para procesar conflictos políticos que anteriormente dirimía el presidente de la República, ahora facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Necesariamente, por las características del régimen autoritario pluralista mexicano que no experimentó una transición política en las instituciones sino cambios políticos electorales, el control constitucional se ve influenciado por el poder político. A esto se agrega la mentalidad y disposición de los ministros de la

Suprema Corte para interpretar la Constitución o resolver controversias constitucionales a modo, permitiendo lo que hemos llamado “fugas constitucionales” por un lado, y el self-restraint por el otro, con lo que escapan a la neutralidad.

El sistema político es altamente conflictivo desde hace dos décadas. Este fenómeno se presentó en la medida que la sociedad civil se consolidó y que los partidos y las élites políticas se autonomizaron del poder presidencial. De ahí que esos conflictos hayan centrado la búsqueda de su legitimidad en la Constitución. Al reclamar esa legitimidad constitucional, los movimientos políticos y sociales y los ciudadanos asumieron el carácter litigable de la Constitución, algo novedoso en relación a algunas décadas atrás cuando la Constitución era más que nada una fuente de legitimidad del régimen autoritario. Para los ciudadanos la Constitución era una referencia cívica no política. Además, el respeto a los derechos civiles era relativo y selectivo de acuerdo a lo que conviniera al régimen. Al introducir el control constitucional en el artículo 105 esta situación cambió sustancialmente. La Suprema Corte pasó a ser una institución de arbitraje en la defensa de los derechos humanos y civiles, así como de los conflictos interinstitucionales del régimen. Sin embargo, ¿cuál es el nivel de objetividad que el

control constitucional tiene en México? ¿Cuál es el sentido de la justicia constitucional a través de la jurisprudencia constitucional? ¿Qué tipo de legitimidad produce la juridización de la política y la politización de la justicia constitucional a través de los compromisos con el régimen de los ministros de la Suprema Corte? Recordemos que “Como en todas las jurisdicciones constitucionales, los miembros tienen sensibilidades políticas cercanas a las autoridades que los nombran.”⁵⁵

INTRODUCCIÓN. SISTEMA CONSTITUCIONAL Y SISTEMA POLÍTICO

En los sistemas políticos democráticos y los híbridos democráticos-autoritarios como México, la Constitución es un documento que establece el canon de las reglas institucionales. Las fuerzas políticas intentan casi siempre agregar en ese documento sus programas e ideas para perpetuarse en el sistema de valores sociopolíticos de la sociedad. El sistema constitucional se convierte entonces en un objeto del deseo tanto del grupo en el poder como de los grupos opositores.

55 Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1992, p. 87.

Este ángulo de análisis centrífugo entre derecho y política, entre sistema constitucional y sistema político, explica el fenómeno de los últimos años en México según el cual la Suprema Corte de Justicia la Nación (SCNJ) es el árbitro de los conflictos político-institucionales. Antes de la alternancia presidencial del 2000 ese arbitraje lo ejercía el presidencialismo.

Este fenómeno, natural a las democracias con un sistema de justicia constitucional, nos lleva al menos a dos situaciones determinantes para el equilibrio político: por un lado, a la interpretación constitucional, su sentido, su naturaleza y sus implicaciones de acuerdo al tipo de régimen político que tenemos. Por el otro, a la configuración de un fabuloso mecanismo de legitimación en que la propia interpretación constitucional, los ministros de la SCJN, y la institución judicial responsable de ella, se han convertido. Anteriormente, el presidencialismo era la fuente legitimante de cualquier acto, situación, o incluso condición judicial de un individuo o de una institución. El resto de los mecanismos de legitimación del régimen, tanto constitucionales como metaconstitucionales, giraban en torno —y supeditados a— la voluntad presidencial.

Ahora esos mecanismos de legitimación deben litigar o experimentar el sometimiento a una ins-

titución distinta a la presidencia, la SCJN. Esto implica un cambio en la recepción política de la legitimación.

En primer lugar, obliga a organizaciones, actores políticos e instituciones a encajarse en el sistema constitucional a partir de la jurisprudencia constitucional, para consolidar su dinámica sistémica y dirimir sus conflictos políticos y socio-económicos.

En segundo lugar, se fortalece al Poder Judicial en México pues no hay un Tribunal Constitucional que esté por encima de los tres poderes. El poder de arbitraje y de regulación del sistema político y constitucional de la jurisprudencia constitucional implica entonces la consolidación del poder político de los ministros de la SCJN, y de su “jurisprudencia política”.

En este capítulo abordaremos estos dos argumentos sobre la interpretación constitucional en relación al régimen político y como mecanismo de legitimación política, a través del análisis del sentido actual de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional.

En la primera parte analizaremos algunas concepciones sobre la interpretación constitucional y la condición política de los jueces constitucionales en general, la naturaleza litigable de nuestra Constitución y su estatus de ícono legi-

timante. Finalmente, abordaremos algunas tesis interpretativas de la SCJN.

En la segunda parte del capítulo abordaremos la jurisprudencia constitucional. Expondremos lo que consideramos la ley de hierro de la interpretación constitucional, y lo que hemos llamado las fugas constitucionales, así como el régimen político. Finalmente, revisaremos algunas jurisprudencias constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CONSTITUCIÓN LITIGABLE: EL ÍCONO LEGITIMANTE Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Sobre la interpretación constitucional y los jueces

En el capítulo LXXVIII de El Federalista, relativo al departamento judicial de la Constitución americana, Hamilton dice:

La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón.

Más adelante, refiriéndose a las leyes contradictorias, agrega:

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado.

[...] Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo... Por lo tanto, si los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber.⁵⁶

Las nociones de razón y significado de las leyes que encontramos en esta reflexión de Hamilton remite desde luego a la cuestión filosófica y al sentido de independencia y razón, voluntad sobre el juicio (subjetivo), que subyace en las prácticas de interpretación constitucional de manera permanente. La interpretación constitucional exige del juez constitucional la visión y el diagnóstico equilibrado del contexto en el cual se expresarán las consecuencias de su fallo. También entender que es la voluntad más que el juicio el punto de partida de la objetividad. La voluntad

56 Hamilton, Madison, y Jay, *El Federalista*, México, FCE, 2002, p. 333. El subrayado es nuestro.

atrae racionalidad mientras que el juicio atrae prejuicios.

La interpretación constitucional indica que la Constitución no solamente contiene dogmas sino también variables. Esas variables constitucionales se encuentran sobre todo en la esencia programática que diseña las instituciones políticas, aunque también las puede haber en las categorías de los derechos civiles y los derechos políticos. Esa variación que la interpretación constitucional pone en relieve es lo que permite que la que la maquinaria constitucional se actualice. Así, la Constitución da resolución a las dinámicas conflictivas o inciertas de fenómenos o procesos que se presentan en la separación de poderes, el federalismo, y la vida institucional del sistema político.

La calidad de la interpretación constitucional en un sistema político constitucional dependerá de dos factores. El primero es la formación doctrinaria del juez para entender que hay un sistema de criterios para diseñar un fallo interpretativo, así como su neutralidad política. En la medida que la neutralidad política del juez constitucional sea más peculiar en esa medida su interpretación tendrá menos problemas para resolver litigios, y sobre todo, fortalecerá a la Constitución como

símbolo cultural y político.⁵⁷ Además, se harán tan evidentes las incongruencias, las lagunas, las confusiones o las contradicciones que dieron origen a la necesidad de una interpretación. De hecho, si alguna virtud debemos encontrar a la actividad interpretativa constitucional es precisamente la de fortalecer a la Constitución en este sentido a través de la jurisprudencia constitucional. Ya no podemos considerar que los sistemas políticos están regidos por un solo documento canónico. La noción de que la Constitución prevé la totalidad de los ejes rectores de un Estado está superada. El asunto remite a concebir el sistema constitucional integral al menos con dos fuentes: la Constitución en sí misma y la masa de tesis que conforman la jurisprudencia constitucional.⁵⁸ En efecto, “una Constitución no es una amplia máquina gubernamental, sino más bien

57 Para un análisis del sentido de la Constitución, cfr. Ackerman, Bruce, “The Rise of World Constitutionalism”, en: *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, pp. 771-797.

58 Los constitucionalistas americanos han empezado, por ejemplo, a analizar la masa de estatutos y disposiciones que rigen la vida constitucional del sistema político y de los ciudadanos que no están precisamente contenidos en la Constitución americana. Véase: Young, Ernest, A. “The Constitution Outside the Constitution”, en: *The Yale Law Journal*, no. 117, 2007, pp. 408-473. Para un caso particular citado por este autor cfr. Ackerman, Bruce, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, en: *University of Chicago Law Review*, no. 55, 1988, p. 1043.

su esqueleto”.⁵⁹ La Constitución puede estar o no estar “encapsulada en ese documento”.⁶⁰

El segundo factor remite al diseño constitucional para el nombramiento de los jueces constitucionales. Un proceso virtuoso para dichos nombramientos logrará un equilibrio en el cuerpo colegiado del Tribunal Constitucional o en el caso mexicano, de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tienen facultades de control constitucional otorgados por el artículo 105, fracción I y II. Sin ese proceso de selección virtuoso, donde los jueces constitucionales deben ser seleccionados de entre los medios académico, profesional e intelectual más neutrales políticamente (como las universidades), tendrá la consecuencia de nombrar jueces más objetivos. Por el contrario, una selección de ministros de la SCJN o de jueces constitucionales que se derivan de ternas diseñadas por el poder Ejecutivo o de las fracciones parlamentarias del Congreso, inconfundiblemente partidistas y ten-

59 Llewellyn, “The Constitution as an Institution”, en: *Columbia Review Law*, 1, 3, 1934. En el mismo sentido, Young también sostiene que “La Constitución canónica no es autosuficiente. Es el esqueleto de un gobierno, pero esto no describe instituciones con la integralidad necesaria para su actual función.” Young, Ernest. A., *Ibidem*, p. 444.

60 Murphy, Walter, Fleming, James, Barber, Sotirios, *American Constitutional Interpretation*, Nueva York, The Foundation Press, 1995, p. 1.

denciosas, engendrará el nombramiento de jueces con un compromiso político de origen, aquel que los liga a los grupos o sectores políticos que promovieron sus nombramientos. Por lo tanto, la naturaleza de su actividad de interpretación constitucional está condicionada de origen, sesgándola hacia una “jurisprudencia política”. En ese sentido, hay autores que han advertido sobre el mito de la neutralidad política de los jueces, presentándola como la mentira piadosa que el sistema constitucional y los ciudadanos deben creer.⁶¹ La tendencia política de los jueces impedirá que se atengan al objetivismo y a la interpretación valorativa, dos de las cuestiones centrales de los criterios interpretativos.⁶²

El “núcleo de constitucionalidad”⁶³ de un país necesita alimentarse de la jurisprudencia cons-

61 Cfr. Shapiro, “The Supreme Court and Constitutional Adjudication of Politics and Neutral Principles”, en: *George Washington Law Review*, no. 31, 1963, p. 587.

62 Son las dos cuestiones que pone de relieve para la interpretación constitución Aragón, en: Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Anuario de derecho público. Los controles constitucionales*, México, McGraw Hill, no. 1, 1997. pp. 33-34.

63 Por “núcleo de constitucionalidad” entendemos “el vértice de la tradicional pirámide jurídica, para aceptar junto a ella la supremacía de otras normas de jerarquía constitucional”. Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, IJ/UNAM, 2002, p. 144. [243p.]

titucional para actualizar al documento canónico con los cambios continuos de la sociedad y de los fenómenos políticos institucionales. La interpretación constitucional tiene que convivir con la eterna sombra de la decisión política que reflejan las decisiones judiciales. A nivel general, cuando una interpretación constitucional confirma esta situación, se percibe “la decisión de la Corte como una manipulación de texto y frustrante democracia —el ejercicio de poder excesivo por jueces no elegidos que han impuesto sus preferencias políticas sobre la nación”.⁶⁴ Esta percepción no es nueva. Los jueces constitucionales son percibidos en general como la “dificultad contramayoritaria”⁶⁵ precisamente por la situación que estamos describiendo. Consecuentemente, esto provoca el recelo de que “la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución esté confiada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios en diversos aspectos como es el de la elección política de sus miembros”.⁶⁶

64 Samaha, Adam, M., “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation”, en: *Columbia Review Law*, vol. 108, 2008, p. 614.

65 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, 303 p.

66 Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación

El caso es que incluso ahí donde todas las reglas constitucionales están dentro de la Constitución sobreviene a veces la dificultad del sentido de la norma constitucional. Las hay de eficacia directa e indirecta.

La Constitución, en tanto máxima fuente del derecho de un ordenamiento, obviamente es de naturaleza preceptiva; por tanto, a ella se atribuye una eficacia inmediata y directa. Esta consideración, que aparece fundada con referencia al complejo normativo constitucional, sin embargo puede revelarse inexacta si se consideran las diversas normas constitucionales. En efecto, sólo una parte de tales normas tiene eficacia directa, mientras otras tienen eficacia tan sólo indirecta, requiriendo para su aplicación de ulteriores intervenciones normativas.⁶⁷

El asunto de las “ulteriores intervenciones normativas” nos remite a las leyes y reglamentos pero también a la jurisprudencia constitucional. La jurisprudencia constitucional forma parte de la geografía constitucional que rodea a la Constitución, la “Constitución fuera de la Constitución”, como vimos con Young. La interpretación constitucional es el espíritu de esa geografía constitucional.

constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, pp. 188-189, en: Vázquez, Rodolfo (Comp.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2002, 300 p.

67 De Vergottini, Giuseppe, Derecho constitucional comparado, México, UNAM/Segretariato Europeo per le pubblicazioni scientifiche, 2004, p. 159.

El debate contemporáneo sobre la interpretación constitucional

Resucitar, actualizar y deslimitar la Constitución serían entonces algunas virtudes de la interpretación constitucional. El lado perverso sin embargo es la subjetividad y la no neutralidad política y moral de los jueces. Sobre esto están basados la mayoría de los intentos de establecer un sistema de criterios doctrinarios de interpretación constitucional. Se trata de eliminar lo más posible la brecha entre la “recta razón” ciceroniana y la personalización de las decisiones judiciales. Además, también está la observación de que “los mejores métodos interpretativos pueden muy bien variar con el tiempo. Las teorías contractuales pudieron dictar originalismo primero y perder fuerza después”.⁶⁸ Es decir, la variabilidad en el significado jurídico y en la historia de los criterios doctrinarios se agregan a lo que podemos ya observar como una inestabilidad objetiva de la interpretación constitucional: “La incapacidad de los métodos tradicionales [de interpretación] está clara, pero los peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso “politización” de la justicia”) también”.⁶⁹

68 Samaha, Adam, Op. Cit., p. 612.

69 Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución

Guastini identifica que “las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a una o más de las cosas siguientes: los agentes de interpretación, las técnicas interpretativas, y los problemas de la interpretación”.⁷⁰ Es decir, los jueces, los criterios, los métodos interpretativos y el género de litigio constitucional que se presente ante ellos y que ponga de relieve una situación peculiar. Commanducci anota en el mismo sentido que “la especificidad de la interpretación constitucional si existe, depende: a) del modelo de Constitución adoptado, b) de los sujetos que producen e interpretan la Constitución, c) de las técnicas de interpretación que se empleen, y d) de los problemas de interpretación”.⁷¹ Para Aragón, las cuatro condiciones para la correcta interpretación son:

y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: Anuario de derecho público. Los controles constitucionales, México, McGraw Hill, no. 1, 1997, p. 32.

70 Guastini, Riccardo, Estudios sobre la interpretación jurídica, México, UNAM/Porrúa, 2006, p. 113.

71 Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en: Carbonell, Miguel, (Coord.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM/Porrúa, 2000, p. 137-138. Para un análisis sobre la interpretación cualitativa, véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en: Vazquez, Rodolfo, *Op. Cit.*, pp. 89-136.

Interpretación “constitucional” de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He ahí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la ley y también para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: en lugar de interpretación “constitucional” de la ley, la interpretación “constitucionalmente adecuada” de la Constitución.⁷²

La discusión tiene su árbol genealógico y sus debates contemporáneos.⁷³ Desde Savigny hasta los pensadores contemporáneos se ha discutido sobre la necesidad de deconstruir el sentido de los criterios de moralidad, valoración, gramática, razonabilidad, pragmatismo, voluntad y objetividad en la interpretación constitucional. El debate de dos siglos nos deja claro que en dicha interpretación constitucional intervienen elementos ajenos al bien común, y de hecho, es uno de los patrones que se observa en la interpretación constitucional de todos

72 Aragón, Manuel, Op. Cit., p. 38.

73 Para una revisión de las doctrinas de interpretación, véase precisamente, entre otros: Carpizo, Jorge, Fix Zamudio, Héctor, et al., Interpretación constitucional, México, UNAM, 1975; Aragón Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: Anuario de derecho público. Los controles constitucionales, México, McGraw Hill, no. 1, 1997, particularmente las páginas 24-38, donde plantea las discusiones entre Dworkin, I. De Otto, Hart, Brigan y otros pensadores contemporáneos.

los sistemas constitucionales. Los compromisos políticos, ideológicos y conyunturales de los jueces se adhiere a su responsabilidad. Finalmente “la palabra ‘pueblo’ tan usada es una abstracción”, nos dice Ackerman,⁷⁴ y no es el pueblo ni la soberanía popular lo que las contradicciones o lagunas constitucionales buscan proteger. Al haber fallos judiciales interpretativos de las mismas se convierten en márgenes de maniobra de los poderes político y judicial. Las Constituciones, no hay que olvidarlo, incluso cuando son producto de revoluciones sociales como en México, son diseñadas por una élite militar o política casi siempre comprometida o que busca comprometerse con las élites financieras y económicas. De manera que si bien una Constitución, por diversas razones, no diseña todos los aspectos necesarios y contiene normas de eficacia indirecta. Una vez que asegura los mecanismos, estructuras, facultades y limitaciones de los poderes políticos y el gobierno,⁷⁵ una Constitución puede ser

74 Ackerman, Bruce, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, en: *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 1013.

75 “Incluso en una democracia constitucional el texto [constitucional] puede llevar a cabo muchas funciones. La más obvia, y por esa razón frecuentemente inapercibida, es conferir legitimidad sobre ciertos géneros de acción pública: para autorizar un gobierno.” Murphy, Walter, Fleming, James, Barber, Sotirios, *American Constitutional*

aceptada y considerada relativamente exitosa. Lo que no dice la Constitución hace que algunos preceptos se queden como una “función aspiracional”⁷⁶ de situaciones o regulaciones que la jurisprudencia constitucional viene a llenar.

La ansiedad colectiva sobre la Suprema Corte

En las democracias consolidadas o en consolidación avanzada los valores filosóficos cumplen una función de guardianes de la Constitución frente a los grupos de presión, élites políticas y partidos políticos que intentarán de manera permanente intervenirla o desmantelarla a través de las vías legales, sobre todo a través del Congreso si tienen la mayoría calificada. Utilizar a instituciones como el Congreso para rediseñar la Constitución es una práctica común en los regímenes o gobiernos federales o locales donde se observa lo que hemos llamado el autoritarismo institucional.⁷⁷ En la medida que los valores populares

Interpretation, Nueva York, The Foundation Press, 1995, p. 3.

76 Murphy, Walter; Fleming, James, Barber, Sotirios, Op. cit.,

77 Cfr. Domínguez Náñez, Freddy, Legitimación y gobernabilidad en el autoritarismo, Villahermosa, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2004, 64 p.; para

como igualdad, soberanía y libertades tengan defensores sólidos de todas las tendencias —sectores y grupos decididos a respetar el consenso sobre los principios generales del derecho y de la filosofía del derecho (o principios neutrales) por encima de sus intereses—la interpretación constitucional será ejercida por los jueces para fortalecer a la Constitución como fuente de justicia y como símbolo cultural. Es decir, se conjurará la sensación de que una nueva Constitución es necesaria. En ese momento también la percepción de la “dificultad contramayoritaria” tenderá a reducirse sólo para aumentar en los periodos en que los jueces, viendo la debilidad de los niveles de ciudadanía y de los defensores sociopolíticos de los principios neutrales de la Constitución, regresen a la tentación de la no neutralidad. Ahí volvemos al punto de una “ansiedad colectiva sobre la Suprema Corte”:

Nuestra ansiedad colectiva sobre la Suprema Corte no es exhaustiva por las dudas sobre su legitimación democrática... A veces esas perplejidades encuentran expresión en los ataques sobre la verdadera idea que la interpretación constitucional puede ser nada más que una pantalla disimulando los hechos crudos de poder político y predilecciones personales.⁷⁸

un estudio de caso, del mismo autor: Esquemas sobre la dominación política en Tabasco, Villahermosa, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 59 p.

78 Ackerman, Bruce, “The Storrs Lectures: Discovering

Los jueces constitucionales tienden a obedecer a sus predilecciones personales en sus interpretaciones cuando lo que está en juego son aspectos centrales de la dominación política.

También pueden influir en ellas las consecuencias sobre la gobernabilidad política de su interpretación. Pero eso no es un indicador para permitirle al juez constitucional un fallo con arreglo a una situación para mantener o recuperar la gobernabilidad perdida por un régimen.

Aquí se abre la discusión al menos en dos aspectos: por un lado, sobre los litigios constitucionales que tienen que ver con elecciones fraudulentas, y por el otro, sobre los litigios constitucionales entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. En uno y otro caso, las fuerzas políticas pondrán en juego todo el poder de influencia sobre los jueces para ganar el litigio pues éste significa situaciones vitales para la naturaleza de sus acciones (ganar una elección para un partido

the Constitution”, en: *Ibidem*, p. 1044-1045. En ese pasaje Ackerman cita a: Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, en: *Harvard Law Review*, no. 96, 1983. Otras discusiones sobre el tema son: Tribe, Laurence H., “Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free Form Method in Constitutional Interpretation”, en: *Harvard Law Review*, no. 108, 1995, pp. 1221-1291; Greenawalt, Kent, “The Rule of Recognition and the Constitution”, en: *Michigan Law Review*, no. 85, 1987, los dos citados en: Young, Ernest, A., *Op. Cit.*

político en el primer caso, tener la razón y por lo tanto dominación política sobre el otro poder, en el segundo).

Es cierto que el Tribunal Constitucional debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirlo, necesariamente (en el límite, claro está), a una solución política (como opina Lerche) ya que la teoría ofrece medios (la “ponderación imparcial”, “el interés más fundamental”, Kriele; el “principio de mayor convicción”, Dworkin; los criterios de “racionalidad-razonabilidad”, Bice, etc.) para que esa solución se adopte de manera que no quiebren la certeza y la previsibilidad, es decir, de manera jurídica.⁷⁹

Cuando la consecuencia de una interpretación constitucional se reflejará en la gobernabilidad política, también se puede considerar que los jueces constitucionales no dejarán que estos criterios de doctrina los lleve a decidir imparcialmente. Sobre todo en regímenes autoritarios con pluralismo ilimitado pero sin efecto como México. Es posible que se decidan por interpretar el texto constitucional para mantener el statu quo.

Se supone que un fallo de la Corte resuelve un litigio y, consecuentemente, un conflicto.

Pero las decisiones judiciales no buscan ser una fuente de revolución, ni siquiera de evolución del régimen en estos casos. Al menos en México, en los casos en que la SCJN ha debido

79 Aragón, Manuel, *Op. Cit.*, p. 39.

interpretar la Constitución en un litigio que genera problemas de gobernabilidad al régimen, como veremos más adelante, la tendencia ha sido la de escudarse en la literalidad del sentido y la gramática del precepto.

Evidentemente, aquí también juega un papel las “predilecciones personales” de los ministros.

En todo caso

El juez debe interpretar las leyes en forma que se adapten a las nuevas exigencias sociales. La rigidez de la ley extremada por su intérprete, puede llegar a ser un obstáculo para el progreso social en aquellas materias sujetas a un rápido desenvolvimiento y que requieren una mayor correspondencia entre el hecho y la norma que debe regirlo. No debe excluirse la posibilidad de ir modificando el sentido de una ley, adaptándola a las nuevas exigencias sociales sin necesidad de nuevos actos legislativos, mediante un largo e inteligente proceso de interpretación de parte de la autoridad judicial.⁸⁰

La rigidez es un obstáculo para el progreso social pero también para el progreso de la democracia.

La cuestión medular está en lo que Góngora Pimentel señala como no “excluirse la posibilidad de ir modificando el sentido de una ley”.

Es el sentido de una ley donde se concentran

80 Góngora Pimentel, General, Introducción al estudio del juicio de amparo, México, Porrúa, 2003, pp. 19-20.

la filosofía y el derecho positivo como una lógica del razonamiento sociopolítico y constitucional.

Desde que Hamilton habló del significado de la norma constitucional en su artículo de El Federalista a la fecha, podemos ver que ese significado es relativo al significado que tienen los valores neutrales de libertad, igualdad, y derechos civiles para un régimen político cuya élite buscará siempre influir sobre los jueces constitucionales.

Como vimos, esto tendrá mayor o menor eficacia en la medida que los defensores sociales y políticos de esos valores neutrales sean poderosos o débiles al interior del sistema.

Las tesis y jurisprudencias constitucionales son, de hecho, parte de la Constitución, pues aseguran su importancia y eficacia.⁸¹

81 La bibliografía sobre la interpretación constitucional es extensa, baste citar, aparte de los ya mencionados en las notas precedentes: Balaguer Callejón, María Luisa, La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Madrid, Civitas, 1990, 194 p.; Dworkin, Ronald, Law's Empire, Cambridge, Harvard University Press, 2003, 470 p.; García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 198, 264 p.; Linares Quintana, Segundo, Tratado de interpretación constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, 876 p.; Sagués, Nestor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, Buenos Aires, De Palma, 1998, 239 p.; Vehweg, Theodore, Tópica y filosofía del derecho, Barcelona, Gedisa, 1997, 206 p.; Wolfe, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, Madrid,

Interpretación constitucional y legitimación

El régimen mexicano actual es disímil en su naturaleza democrática. Antes de la alternancia presidencial del 2000, se observa un régimen autoritario con pluralismo ilimitado pero sin efecto. Al inaugurarse la alternancia presidencial, el autoritarismo del régimen y del sistema político tendió a regionalizarse. En algunos estados de la República el proceso de democratización se consolidó. En otros, básicamente los del sur y sureste, el autoritarismo tendió a fortalecerse. En algunos estados como Tabasco y Oaxaca el sistema político local controla al sistema constitucional local, y con frecuencia, las mayorías legislativas del Partido Revolucionario Institucional (PRI) terminan de configurarse con la cooptación. De manera que un primer vicio democrático es precisamente que el poder político en el Congreso local no es finalmente el que la voluntad popular expresó en las urnas. Lo que nos interesa aquí, es que esa mayoría legislativa del PRI es utilizada para reformar la Constitución y las leyes para legalizar las maniobras autoritarias del gobierno local.

Civitas, 1991, 516 p.; Wroblewski, Jerzy, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid, Civitas, 1985, 114 p.

El autoritarismo institucional de estas regiones no permite hablar de una democracia del sistema político mexicano en su totalidad. De manera que la Constitución, reconocida como el documento canónico y como símbolo patrio es percibida por algunos sectores políticos y gubernamentales como una fuente de conceptos constitucionales, y por otros, como una fuente de concepciones constitucionales. Los conceptos constitucionales no dan lugar a interpretaciones demasiado alejadas de la razón y la lógica. En cambio, quien percibe a la Constitución como un concentrado de concepciones constitucionales lo hace con una carga importante de subjetividad. Las concepciones como las creencias pueden ser manipuladas o falsas.

A partir de la alternancia presidencial del 2000 la Constitución pasó de ser un símbolo patrio y un ícono vedette del sistema político cuyo sentido canónico era esencialmente en su sentido histórico, a ser un espacio donde la resurrección de algunos preceptos constitucionales cambió la percepción general de la Constitución. Desde la enseñanza del derecho constitucional en las universidades hasta el valor cultural que se le otorgaba a la Constitución era la de un documento petrificado, políticamente sacro, cuestionable en el discurso pero incuestionable jurídicamente.

Ahora la Constitución es reguladora de conflictos y objeto de litigios. Se volvió esencialmente una Constitución litigable.

Durante el auge del régimen autoritario la Constitución fue demasiado débil pues estaba supeditada al hiperpresidencialismo. Pero el régimen la necesitaba para afirmar su naturaleza constitucional y el Estado de derecho. En ese periodo la Constitución tuvo un bajo perfil en el sistema político, y baja fue también su efectividad para regular la vida pública, pues ese era una prerrogativa presidencial metaconstitucional. Varias figuras constitucionales importantes estaban desactivadas, otras eran letra muerta, y otras más simplemente no existían en el texto constitucional, como la acción de inconstitucionalidad del artículo 105 actual, creadas por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1994.

La resurrección de algunas figuras constitucionales que estaban en la Constitución pero que no tenían efecto alguno dio lugar, entre otras cosas, a la necesidad de incluir estas y otras nuevas figuras en nuestra Constitución. Esto originó al menos dos fenómenos: por un lado, el litigio constitucional, y por el otro, un nuevo sentido de la interpretación constitucional. Esto fue así debido también a dos fenómenos. El primero, la

nueva dinámica del sistema político con un pluralismo ilimitado y una reducción significativa del presidencialismo como árbitro de los intereses políticos, sociales y económicos. Esta función que le otorgaba un poder metaconstitucional pasó a ser, por disposición constitucional, precisamente una función de la SCJN. Esta variación cambió la relación de fuerza entre los poderes. Al pasar a resolver los conflictos mediante un arbitraje judicial y no un arbitraje político directo, el Poder Judicial se convirtió en el centro de poder y centro regulador de la gobernabilidad del sistema federal y en su caso, de los sistemas políticos locales. Mientras el presidencialismo arbitraba políticamente fuera de la Constitución, la SCJN arbitra ahora judicialmente por dentro de la Constitución.

El segundo fenómeno que le dio un nuevo sentido a la interpretación constitucional y al litigio constitucional fue la nueva exigencia de legitimación en los sectores sociales y políticos. La controversia constitucional, la acción de constitucionalidad, el juicio de amparo y el juicio político, que configuran en la práctica el derecho procesal constitucional en México, se volvieron mecanismos y fuente de legitimación. Durante muchas décadas, el sistema de legitimación en México funcionó en dos dimensiones: por un

lado con mecanismos de legitimación metaconstitucionales (como el clientelismo y la cooptación política), y por el otro, con mecanismos institucionales. Pero esos dos géneros de mecanismos legitimantes obedecían a una lógica y dinámica de autoritarismo con pluralismo limitado. Al deslimitarse, ese pluralismo originó una dinámica compleja a la que los mecanismos de legitimación mencionados no podían responder del todo. Para los sectores políticos oficiales de nivel federal, estatal y municipal, se hizo necesario obtener legitimidad de la fuente más importante del sistema, la Constitución. Con las figuras de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad esa fuente se reveló inagotable, y sobre todo, no exenta de la posibilidad de influenciarla si se incentivan “las predilecciones personales” de los ministros de la SCJN.

Ahora bien, esa nueva fuente de legitimidad en que se convirtió la SCJN necesariamente originó una importancia de la interpretación constitucional y de la jurisprudencia constitucional. Ya no se trata solamente de interpretar preceptos o disposiciones programáticas constitucionales de valor sesgado para los poderes políticos, como se hacía anteriormente a veces a través del juicio de amparo. Ahora se trata precisamente de definir quién tiene más poder dentro de la división

de poderes o dentro del sistema de partidos, o dentro del sistema electoral, o dentro del modelo federalista, por citar algunos escenarios de litigio constitucional.

La legitimidad de los jueces en particular, y de la justicia constitucional en general, para desempeñar un “papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta muy tentador”,⁸² y es motivo de discusión. Que los jueces constitucionales o ministros de la Suprema Corte sean responsables de generar legitimación política mediante su capacidad creadora de la interpretación constitucional, que a veces contradice mandatos de la soberanía popular es, como ya vimos, cuestionada en la teoría y en la práctica como “la dificultad contramayoritaria”. A favor de esa legitimidad creadora de los jueces constitucionales, Cappelletti expone cinco argumentos. Según este autor estos jueces tienen legitimidad porque 1) hay demasiados grupos en el sistema político y gubernamental que no se preocupan por adoptar decisiones conforme a la mayoría, 2) que la representación legislativa debe tener un correlato en el poder judicial en los jueces cons-

82 Lord Devlin, “Judges and Lawmakers”, en: *Modern Law Review*, no. 39, 1976, pp. 1 y 10, citado en: Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987, 357 p.

titucionales, 3) los tribunales constitucionales “pueden aumentar la representatividad global del sistema y, por tanto, su misma ‘democrati- cidad’ protegiendo a los grupos que no tienen acceso a las ramas políticas”, 4) apoyado en una reflexión de Alexander Bickel este argumento es la combinación del “distanciamiento erudito... con un compromiso con la carne y la sangre de los litigios reales”, mientras que el legislador se enfrenta “típicamente con problemas abstractos o vagamente atisbados”, y 5) “la democracia no puede sobrevivir en un sistema en el que los de- rechos y libertades cívicas carezcan de protec- ción eficaz”.⁸³

La SCJN ha hecho jurisprudencia sobre la interpretación constitucional subrayando los cri- terios esenciales de justo alcance de la norma, la certeza necesaria al Estado, la modificación del sentido de la norma a determinadas circuns- tancias, como ejes rectores de la interpretación constitucional.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2001). Tomo: I Const. Jurisprudencia SCJN, Tesis: 31, p. 53. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE

83 Cappelletti, Mauro, Op. Cit., pp. 326-333. Para la cita de Bickel referida por el mismo autor: Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merril, 1962, 303 p.

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.

De esta jurisprudencia constitucional se desprenden algunos criterios esenciales. Primero, especifica que la interpretación constitucional se hace “para determinar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política”. Segundo, se podrá “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”. Tercero, cuando un precepto constitucional 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 embargo, hay lo que podemos denominar fugas constitucionales, es decir, escenarios donde una situación atenta con el principio democrático constitucional pero que la aplicación de la norma interpretada hace imposible evitarlo y castigar a sus promotores. Es el caso por ejemplo, de la controversia constitucional que

determinó que no podía abrirse una averiguación previa federal para investigar las cajas de documentos que probaban gastos mayores a 70 millones de dólares para la campaña a gobernador de Tabasco de Roberto Madrazo en 1994, con su consecuente alteración ilegal del carácter democrático de la elección. La oposición presentó 50 cajas de documentos originales que probaban dichos gastos cuando Madrazo tenía un mes en funciones como gobernador. Cuando la oposición presentó una demanda en la Procuraduría General de la República para abrir una averiguación previa federal contra los delitos que se configuraron, Madrazo en su carácter de gobernador, el presidente del Congreso local, y el Procurador General de Justicia del Estado de Tabasco, interpusieron una controversia constitucional para reclamar que correspondía a la Procuraduría General de Justicia del Estado de Tabasco resolver sobre ese expediente, y no a la justicia federal que vulneraba así la soberanía del Estado.

De manera que los documentos probatorios y la demanda se presentaron cuando los actores que cometieron fraude electoral habían asumido sus funciones, y por lo tanto, reclamaron jurisdicción sobre el expediente de las cajas de documentos. De esta manera, el fraude electoral

más documentado de la historia del país pasó de ser un litigio entre partidos políticos a un litigio entre instituciones estatales y federales.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: III, junio de 1996. Tesis: P/J.33/96, p. 389. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. INTERÉS JURÍDICO. LO TIENE ALGÚN ESTADO DE LA REPÚBLICA CUANDO CONSIDERE QUE UNA AVERIGUACIÓN PREVIA FEDERAL VULNERA SU AUTONOMÍA Y PUEDA RESTRINGIR LA INMUNIDAD DE SUS SERVIDORES PÚBLICOS. Para el campo del derecho penal los sujetos activos o agentes del ilícito son personas físicas, individualizadas; no entes u órganos colectivos. Por eso, es cierta la aserción del procurador general de la República según la cual la institución a su cargo no puede investigar a órganos del Estado de Tabasco. De allí, sin embargo, no se sigue que las averiguaciones previas impugnadas no incidan en la materia propia de este conflicto controversial y que, por tanto, el Estado de Tabasco, representado legítimamente por su Congreso de Diputados, no haya tenido interés jurídico para haber promovido la demanda de origen. Por ello, no podría disociarse del antecedente a que se ha hecho referencia la pretensión de la entidad política demandante acerca de que la Suprema Corte de Justicia dirima si dichas indagatorias socavan o no su autonomía y de que, además, resuelva si la prerrogativa de la inmunidad constituye un impedimento para iniciar una indagatoria de índole penal, que es precisamente la materia de la controversia. Dicho de otra manera: la finalidad de esta controversia es que se dilucide si la forma de Gobierno Federal ha sufrido alguna mengua y, a la vez, que se determine el alcance y significado de dicho privilegio; es decir, su objetivo radica en la preservación de dichas instituciones políticas, para lo cual es incontrovertible que la entidad demandante tiene interés jurídico en la promoción de esta demanda; cuanto más que el llamado 'fuero' no es un derecho sustantivo e inherente de las personas que transitoriamente tengan el rango de

servidores públicos sino un atributo en razón de la función que desempeñan.

Si nos atenemos a la razón político-constitucional la violación probada al principio constitucional de democracia y legalidad de los procesos electorales en uno de los estados de la Federación configura al menos una “mengua” cuando no violación al sistema constitucional del cual el gobierno federal es el responsable de custodiar y fortalecer. En esta resolución de controversia constitucional se permitió que un grupo de personas accediera al poder institucional mediante un fraude probado, y demuestra que la SCJN ni siquiera hizo el intento de interpretar la norma por las características extraordinarias que dieron lugar al litigio, ateniéndose al esquema de la norma, que en este caso los llevó a una obvedad, como si el delito de rebasar los topes de campaña que cometió Madrazo y el PRI, se hubieran cometido estando ya en funciones. El asunto de la jurisdicción y del respeto a la soberanía estatal violada pasó así de ser virtuosa a perversa. La pregunta que queda de este caso es: ¿Están los poderes formales por encima en el razonamiento de los jueces para interpretar la Constitución? De ser así, en el fondo, habría una negación de todos los criterios que sustentan la interpretación constitucional, y expone a

la SCJN como un aparato por debajo del formalismo estructural federal y estatal. Además, nos renvía a la discusión de en qué contexto la soberanía se desvirtúa y en cual no. Esto se vuelve más relevante en un país donde la soberanía de los estados ha sido vulnerada en muchas ocasiones por el decisionismo presidencial.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La ley de hierro de la interpretación constitucional y las incongruencias constitucionales

Los regímenes políticos tienden a diferenciar entre los conceptos constitucionales y las concepciones constitucionales. En la medida que su dominación política abarca más sectores de la sociedad esa misma diferenciación pasará a ser parte de la cultura o subcultura constitucional de los ciudadanos.

Durante el régimen del Estado social-autoritario⁸⁴, los conceptos constitucionales eran

84 Para un análisis de este periodo, cfr. De la Garza, E., *Ascenso y crisis del Estado social autoritario*, México, El Colegio de México, 1988, 215 p.; Domínguez Nárez, Freddy Eutimio, *Gouvernabilité et légitimation dans le régime autoritaire mexicain (1985-1995)*, Lille, Presses universitaires

símbolos a disposición de la élite política. La Constitución y las leyes no eran instrumentos de defensa de la ciudadanía.⁸⁵ Hasta los años noventa del siglo XX los conceptos constitucionales no incluían los de control constitucional.

Mientras que las concepciones constitucionales, fuera de algunas discusiones en el ámbito académico, no formaban parte de la mentalidad ni de la cultura cívica de los ciudadanos ni de los gobernantes.

A lo más se destacaba “la obligatoriedad de las conclusiones interpretativas a que conduzca su desempeño, obligatoriedad que, según lo afirmamos con antelación, es una condición sine qua non para la armonía y coordinada vivencia y aplicación del Derecho.”⁸⁶

Esto es significativo si tomamos en cuenta que hace décadas algunos teóricos como Duverger advirtieron que “Los mecanismos del control de la constitucionalidad de las leyes...no funcionan siempre y la superioridad de la Constitución es a veces solamente teórica. En éste último caso, la

du septentrion, 1999, 412 p.

85 Véase el análisis que ya en 1965 aparece en el libro: González, Casanova, Pablo, La democracia en México, México, Era, 1965.

86 Burgoa, Ignacio, Derecho constitucional mexicano, México, Porrúa, 2002, p. 397.

sumisión de los gobernantes al derecho es bastante ilusoria.”⁸⁷

Lo que remite a concepciones constitucionales de origen, como la justicia. Una Constitución es más fuerte o más débil en la medida que la concepción de justicia de la sociedad sea más clara o confusa. Si es confusa, en consecuencia, la interpretación constitucional no contribuirá a fortalecer la constitución y a distribuir justicia política. Por el contrario estará influenciada por la sensación que pueden tener los jueces de que la interpretación constitucional no provocará reacción en las mayorías, y pueden permitirse fugas constitucionales a través de ellas.

Si la concepción de justicia en la sociedad es fuerte la Constitución lo será, y los jueces se sentirán responsables de salvaguardarla. Rawls lo aborda desde el siguiente ángulo:

...una sociedad bien ordenada es gobernada por su concepción pública de la justicia. Este hecho implica que sus miembros tienen un deseo profundo y normalmente eficaz de actuar conforme a los principios de la justicia... cuando las instituciones son justas (en el sentido de esta concepción), los que participan en esta organización adquieren el sentido de la justicia correspondiente así como el deseo de participar en la defensa de esas instituciones.⁸⁸

87 Duverger, Mauricio, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, p. 28, [663 p.]

88 Rawls, John, *Théorie de la justice*, París, Seuil, 1997,

La interpretación constitucional mantiene viva la Constitución y al sentido de la justicia en la sociedad, pues no solamente es una maquinaria judicial deductiva:

La acostumbrada función judicial de interpretación será inducida a ampliar su esfera de aplicación para colmar con nuevas disposiciones (las que, más que deducidas de las constitucionales, son adicionadas a ellas tomando de las primeras sólo el punto de partida) las lagunas existentes en el ámbito de la estructura normativa fundamental del Estado.⁸⁹

Ahora bien, la interpretación constitucional es una concepción constitucional con debilidades, como hemos visto, debido a la tendencia política de los jueces. También está corseteada por lo que podemos denominar la ley de hierro de la interpretación constitucional. La constitución es abstracta en sus principios morales⁹⁰ en alguna de sus partes, esquemática en otras. La

p. 496 [665 p.]

89 Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. Las Constituciones modernas y 1988-1990: Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados socialistas del Este europeo, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 535. [716 p.]

90 Samaha, Adam, M., “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation”, en: *Columbia Review Law*, vol. 108, 2008, p. 614.

ley de hierro de la interpretación constitucional nos plantearía que, por un lado, no se puede ver el texto constitucional con “la particular concepción o expectativas de la generación [entiéndase sentido moral, valores, visión, percepción del mundo y de las cosas] de los que la diseñaron”⁹¹, pues produce una artritis en el sistema constitucional. Por otro lado, tampoco se puede interpretar los preceptos constitucionales, sobre todo los relativos a los valores democráticos y de derechos civiles, ignorando el sentido de la filosofía política de los constituyentes y el espíritu de la Constitución que le fue otorgada originalmente, sobre todo si esa filosofía política es heredera de un canon universalmente aceptado, Eso crearía una crisis política y debilitaría seriamente a la Constitución.

La interpretación constitucional garantiza la supratemporalidad de los preceptos constitucionales dentro de este margen de acción de la ley de hierro. Como hemos visto, hay fugas constitucionales que nos demuestran la forma como se debilita rápidamente la justicia constitucional en la concepción de justicia pública de la sociedad. La problemática entre lo que no es claro en la Constitución y lo que es incongruente, es otro margen reducido que no aclara ciertas concep-

91 Ibidem, p. 614.

ciones constitucionales en los ciudadanos. Tanto la doctrina como el ethos cultural de los ciudadanos en México convienen en reconocer a la Constitución la condición de Ley Suprema. Sin embargo la distancia entre el discurso constitucional que se asienta como referente neurolingüístico de la persona y de su condición cívica se encuentra con la incongruencia textual del artículo 133 de la Constitución respecto a esta concepción constitucional:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

De manera que la “Ley Suprema” no es nada más la Constitución sino también otras normas de nivel secundario. El concepto Ley Suprema es entonces trinitario. El artículo 40 declara a la Constitución “ley fundamental”. El artículo 136 dice que “Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia”, y con ello deja fuera del principio de inviolabilidad a las otras dos categorías de normas que el 133 declara como parte de “Ley Suprema de toda la Unión”.

Con incongruencias constitucionales esenciales como ésta es posible que los ciudadanos

estén a expensas de una interpretación constitucional, dado el caso, enteramente sujetas a las “predilecciones personales” de los jueces. Otras incongruencias relativas al control de la constitucionalidad nos la refiere Arteaga Nava: la SCJN a partir del artículo 107 constitucional ha hecho jurisprudencia por un lado, para establecer el monopolio de la SCJN en materia de acción de inconstitucionalidad y, por el otro, para definir que el control difuso no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial.

Sin embargo este autor nos advierte que en el artículo 133 hay de hecho la figura de control difuso al declarar que “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Esto significa que un juez local en apego al 133 debe decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma de la Constitución local y aplicar la federal, lo que es equivalente al menos a un control sesgado pragmático de la constitucionalidad de las leyes. Si nos atenemos a las categorías aceptadas de control constitucional esto significaría que es, efectivamente, control difuso.⁹²

92 Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 2008, p. 60.

Arteaga Nava refiere que no hay definición de la SCJN sobre este precepto.

Jurisprudencia constitucional y régimen político

Las características de la justicia constitucional en México son las de un control centralizado ejercido por la SCJN por las facultades que le otorga el artículo 105 y 107 constitucional en el caso del juicio de amparo indirecto. Los magistrados de la SCJN también se ocupan de litigios distintos del derecho constitucional por lo que no es un órgano especializado. La SCJN tiene la exclusividad del control constitucional de acuerdo a la Constitución y a diversas jurisprudencias emitidas por ella misma sobre otros tribunales como el Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo las atribuciones de control constitucional no hacen de la SCJN un tribunal constitucional.⁹³

En consecuencia, la lógica de la interpretación constitucional de la SCJN no ha variado sustan-

93 Al respecto véase el capítulo “La SCJN no es un tribunal constitucional” en su libro: Islas Colín, Alfredo, Lézé, Florence, *Temas de derecho electoral y político*, México, Porrúa, 2007, pp. 427-431 (2da. Edición) [518 p.]

cialmente de la lógica predominante bajo el régimen del Estado social-autoritario que dominó de 1929 al 2000. Esto es debido a que la justicia constitucional se ejerce dentro de una Corte cuya estructura y concepción institucional no es distinta. Lo que sucedió fue que a la SCJN se le agregaron facultades que ciertamente vinieron a modernizar el sistema constitucional. Pero la independencia de la justicia constitucional apenas empieza ahí.

Necesita de una institución especializada comúnmente llamada tribunal constitucional o corte constitucional, con jueces seleccionados mediante un sistema equilibrado, y cuya jurisdicción de sus fallos estén claramente establecidos respecto a la división de poderes.

En México, el control constitucional se ejerce desde el vientre de uno de esos tres poderes, el Poder Judicial, cuando originalmente la justicia constitucional debe ser independiente de esos tres poderes y superior a ellos.⁹⁴

94 Horowitz, Donald L., "On Constitutional Courts" en: *Journal of Democracy*, John Hopskin University, October 2006, Volumen 17, número 4.; Wojciecj, Sadurski, "Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy", EU Working Papers, Law No. 2001/11, European Univesity Institute, 2001; Philip, Loïc, "Les cours constitutionnelles", en: Grawitz, Madeleine, Leca, Jean, *Traité de science politique. Les régimes politiques contemporains*, vol. II, Presses universitaires de France,

La mentalidad política de los ministros los lleva a ejercer el self-restraint que ha caracterizado a la SCJN en sus interpretaciones constitucionales de más impacto para la democracia y el sistema político.⁹⁵

Esa mentalidad política es heredera de la mentalidad autoritaria según la cual las instituciones giran en torno al presidencialismo, y donde el derecho es concebido como un orden establecido para fortalecer la autoridad presidencial. El hecho que esa mentalidad domine aún en la SCJN se debe, entre otras cosas, a que los ministros actuales se formaron bajo la lógica del corporativismo. Otra razón es que los márgenes de neutralidad política de los magistrados son mucho más reducidos que en otras Cortes de países democráticos.

El juez, lejos de aplicar con absoluta neutralidad la ley, como se cree en México por herencia de la concepción positivista, pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos: en primer lugar, por el “componente valorativo” de su actividad; luego, porque conoce de controversias políticas (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías

1985, pp. 407-445.

95 Magaloni, Ana Laura, “La jurisprudencia constitucional y su carácter integrador del contenido normativo de los derechos fundamentales en Estados Unidos, España y México”, en: Anuario de derecho público. Los controles constitucionales, México, McGraw Hill, no. 1, 1997, p. 153.

parlamentarias) y, finalmente, porque, si el constitucionalismo es una ideología basada y comprometida con ciertos valores, el juez que decida de forma constitucionalmente adecuada toma parte dentro de la lucha por la preservación y extensión de esos valores. Se trata, en suma, de un juez “comprometido”, no de un neutro decisor jurídico.⁹⁶

Así, la jurisprudencia constitucional en México repetidas veces es un instrumento de poder, con el cual los magistrados de la SCJN no solamente son jueces comprometidos con ideales en la lucha política sino comprometidos con facciones políticas con intereses específicos no populares.

Así “aquella ingenua fe revolucionaria en que la ley es necesariamente instrumento de libertad ha sido tantas veces desmentida... se ha transformado en la idea contraria: la ley es la primera amenaza”.⁹⁷ La jurisprudencia constitucional se suma a esa amenaza de la que habla Prieto Sanchís. La autolimitación que los ministros se imponen para no vulnerar a los intereses políticos a los cuales están adheridos es en sí una crisis de la

96 Carbonell, Miguel, Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, México, UNAM, 1998, p. 228.

97 Prieto Sanchís, Luis, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en: Carbonell, Miguel, Pedroza de la Llave, Susana Thalía, Elementos de técnica legislativa, México, UNAM/Porrúa, 2004, p. 33-34, (2da. Edición)

independencia de la justicia constitucional.

la interpretación dogmática que de sus normas han hecho los juristas mexicanos a lo largo de los últimos cincuenta años, en muchas ocasiones han sido más bien la expresión de la ideología jurídica del régimen por el cual hemos estado gobernados y no, como cabría esperar, una labor científica...⁹⁸

En general, se tiende a concebir que el control político proviene únicamente de las maniobras del régimen político. Esto es así porque la SCJN fue hasta el 2000 una institución a la sombra del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Entre tanto el régimen político pasó de un autoritarismo de pluralismo limitado a un autoritarismo de pluralismo ilimitado pero sin efecto, pues los centros de decisión importantes del sistema siguieron controlados por la élite en el poder. Como hemos analizado en otros escritos

En México, las políticas constitucionales no aseguraron el pluralismo político. Antes bien, a comparación del constitucionalismo de América Latina, que buscó precisar el avance a partir de las experiencias negativas que vivieron, asimilando las de los sistemas democráticos, en México esas políticas constituciones tendieron a asimilar las experiencias de control jurídico que podían legitimar el control político. La élite aprendió, por un lado, a sistematizar, junto con los

98 Cossío, José Ramón, Raigosa, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, en: Vázquez Rodolfo, Interpretación jurídica y decisión judicial, México, Fontamara, 2002, p. 262.

mecanismos metaconstitucionales de legitimación, aquellos mecanismos que podían volverse constitucionales porque no agredían la formalidad democrática y legal. Por otro lado, procedieron a agregarlas al sistema normativo de la Constitución, o promulgando leyes o reglamentos jurídicos basados en una interpretación *sui generis* de los preceptos constitucionales. La práctica de las maniobras así vueltas legales constituyeron un conglomerado de salidas y entradas en el sistema jurídico que podía devenir laberíntico a favor de quien pudiera tener la capacidad de hacer que esas normas se accionaran o no, dependiendo de su situación política... El sistema constitucional y jurídico mexicano está plagado de normas de esta naturaleza, y constituye una de las sofisticaciones más relevantes del régimen autoritario actualmente... En ese sentido, las políticas constitucionales en México se asimilan a una etapa por la cual han atravesado las políticas constitucionales en otros países latinoamericanos, a saber “una fase maquiavélica de dominación concretizada por el desarrollo de técnicas y de prácticas destinadas a torcer el sentido igualitario de los principios enunciados”.⁹⁹

En la década del dos mil ha quedado claro que el control político también tiene su fuente en la SCJN, precisamente a través de la interpretación constitucional y sus consecuentes tesis o

99 Domínguez Nárez, Freddy, “Sistema y subsistemas del régimen en México. Desarreglos y porosidad institucionales”, en: Domínguez Nárez, Freddy, Vázquez Soberano, Raymundo, (Coords.), *Sentido y razón de la República. Los desafíos del pensamiento de Juárez en el México contemporáneo*, Villahermosa, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006, pp.27-28. Para la cita véase: Gourdon, Hubert, “Les nouvelles politiques constitutionnelles”, en: Couffignal, Georges, (Coord.), *Réinventer la démocratie. Le défi latino-américain*, París, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 1992, p. 270.

jurisprudencias constitucionales. Esta geografía exterior de la Constitución que constituye los fallos interpretativos constitucionales son un poderoso instrumento de dominación. Si el régimen es gobernador por la misma élite política o de intereses que la mayoría de los magistrados ese instrumento de dominación servirá al régimen para dominar y reproducirse ilegítimamente en el poder, convirtiendo a la SCJN en un apéndice del presidencialismo. Las democracias desarrolladas también nos han mostrado que cuando este escenario es inverso, es decir, cuando los jueces son de distintas tendencias políticas a la élite que gobierna, la Corte se vuelve la rama más peligrosa del Poder Judicial y éste, consecuentemente, de la separación de poderes.

Algunas jurisprudencias constitucionales de la SCJN de la última década

Los conflictos institucionales que dan lugar a los litigios constitucionales son numerosos y aparecen permanentemente en la vida pública. La regionalización del autoritarismo en algunos estados atrasados políticamente da lugar con frecuencia a manipulaciones y alteraciones constitucionales por parte de la élite en el poder. La

jurisprudencia constitucional puede contribuir a veces a examinar este tipo de situaciones debido a que en muchas ocasiones esa manipulación da lugar a controversias constitucionales.

Una de ellas, relativa al nombramiento de los magistrados en los estados nos revela el contexto de conflicto político que la manipulación autoritaria produce:

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2001). Tomo I, Constitucional, Jurisprudencia. Tesis: 71, p. 42. MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. EN LA INTERPRETACIÓN DE SUS CONSTITUCIONES, EN LA PARTE RELATIVA A SU DESIGNACIÓN, DEBE OPTARSE POR LA QUE RESPETE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- El artículo 116, fracción III, de la Carta Magna establece un marco jurídico para los Poderes Judiciales Locales al que deben sujetarse las Constituciones y las leyes de los Estados y los órganos de poder, a fin de garantizar la independencia de Magistrados y Jueces y, con ello, los principios que consagra como formas para lograr tal independencia. Asimismo, en su párrafo inicial el propio precepto impone a los Estados miembros de la Federación el principio de la división de poderes conforme al cual, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial debe existir equilibrio e independencia recíproca. Lo anterior implica que ante posibles interpretaciones diversas de los preceptos relativos de las Constituciones Locales, debe optarse por aquella que permita que la labor jurisdiccional se desarrolle con libertad y sin injerencias externas, bajo el criterio de fortalecimiento del Poder Judicial, y de la realización plena de su autonomía e independencia, lo que exige la efectividad de las garantías jurisdiccionales. Por tanto, ante situaciones que no se encuentren reguladas o que no lo sean con toda claridad, la interpretación de las

normas locales debe hacerse en forma tal que se integren bajo los principios que con toda nitidez se contienen en la Constitución Federal. Aceptar que se interpreten las normas de las Constituciones Locales en forma tal que pugnen con la Constitución Federal, en especial cuando de los antecedentes de la reforma introducida a aquéllos se advierta que su propósito específico fue ajustarse a la segunda, equivaldría a atribuir al Congreso Estatal y, lógicamente, a sus integrantes, dolo y mala fe, lo que resulta jurídicamente inaceptable, debiéndose en consecuencia entender que si por la redacción del precepto podría seguirse esa oposición, ello sólo puede explicar deficiencias de expresión o de técnica legislativa.

Las Constituciones locales no pueden ir en contra de la Constitución federal. En este caso se especifica que “Aceptar que se interpreten las normas de las Constituciones Locales en forma tal que pugnen con la Constitución Federal, en especial cuando de los antecedentes de la reforma introducida a aquéllos se advierta que su propósito específico fue ajustarse a la segunda, equivaldría a atribuir al Congreso Estatal y, lógicamente, a sus integrantes, dolo y mala fe, lo que resulta jurídicamente inaceptable...”

Otra jurisprudencia constitucional confirma el principio de justicia y de derechos fundamentales del individuo en materia procesal. Esta interpretación de la norma para confirmarla establece, además, cuáles serán los criterios de interpretación para los casos específicos, criterios que vienen a sumarse a los que ya vimos anteriormente en la jurisprudencia sobre la

interpretación histórica tradicional e histórica progresiva.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente Apéndice (Actualización 2001). Tomo: I, Const., Jurisprudencia SCJN. Tesis: 33. Página 56. JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL.- De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá

tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da.

Como podemos observar la jurisprudencia termina diciendo “para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da”. Así, la SCJN deja sentado que reconoce otros dos criterios para la interpretación y son: la naturaleza de la relación jurídica y el contexto constitucional en que se da.

En materia de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, como estas figuras son relativamente recientes (recordemos que fueron introducidas en 1994 en la Constitución), han dado lugar a que muchas situaciones de conflictos institucionales se lleven ante la SCJN. Algunos lo han ameritado, otros no. Esto se debe a que estas figuras se han convertido en instrumento de lucha política y de presión. Un caso en el cual la acción de inconstitucionalidad no fue procedente en materia de omisión para la

aprobación de las iniciativas de reformas a una Constitución local, es el siguiente:

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo: I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C., Tesis: 5, página 128.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL.- A través de este medio de control constitucional no pueden impugnarse actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados, como lo es la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a la Constitución Local, por no constituir una norma general que por lo mismo no se ha promulgado ni publicado, los cuales son presupuestos indispensables de la acción. Lo anterior se infiere de la interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 61 de la ley reglamentaria de la materia, en los que se prevé la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que en contra de leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados, promuevan el equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, ya que se exige como requisito de la demanda el señalamiento del medio oficial de publicación, puesto que es

parte demandada no sólo el órgano legislativo que expidió la norma general, sino también el Poder Ejecutivo que la promulgó; de esta forma, no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad cualquier acto de un órgano legislativo, sino que forzosamente debe revestir las características de una norma general, y que además, ya haya sido publicada en el medio oficial correspondiente.

Esta jurisprudencia que pareciera una explicación de obviedades a la letra de la Constitución muestra claramente que se ha tomado a estas figuras constitucionales y al litigio constitucional como un campo de batalla para ganar en efecto de publicidad política por parte de los actores políticos.

En materia de controversia constitucional, la SCJN ha sido específica en definir que “tiene como objeto de tutela el ámbito de atribuciones que la Constitución General de la República confiere a los órganos originarios del Estado”. Esto lo establece en la siguiente jurisprudencia:

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2001), Tomo: I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C. C., Tesis: 53, página 53. **CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS**

ÓRGANOS DEL ESTADO, OBJETO DE TUTELA DE ESE MEDIO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD, DERIVA INCLUSO DE SUS PRECEPTOS QUE LIMITAN O RESTRINGEN LAS FACULTADES DE ÉSTOS RESPECTO DE UNA DETERMINADA MATERIA O ACTIVIDAD, COMO EN EL CASO DE LAS PROHIBICIONES QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 117, FRACCIÓN V, DE LA PROPIA NORMA FUNDAMENTAL.- Si bien el medio de control de la constitucionalidad denominado controversia constitucional tiene como objeto de tutela el ámbito de atribuciones que la Constitución General de la República confiere a los órganos originarios del Estado, debe tomarse en cuenta que la regulación constitucional de esa esfera competencial no se encuentra prevista, únicamente, en los preceptos fundamentales que otorgan determinadas facultades a las autoridades federales, locales o municipales, sino también en los diversos numerales de ese cuerpo jurídico que limitan o restringen tales potestades, respecto de materias o actividades específicas, como en el caso de las prohibiciones que establece el referido artículo 117, fracción V, ya que de su debida interpretación, en relación con lo previsto en diversos preceptos constitucionales, será posible determi-

nar cuál es el alcance de las facultades que asisten a las entidades federativas en relación con las mercancías o servicios que puedan producirse y comercializarse dentro de su territorio, actividades que si bien en principio se rigen por la legislación federal en materia de comercio, también pueden regirse por ordenamientos locales, en razón de las repercusiones que en algunos casos provocan en diversos ámbitos como el fiscal, sanitario o ecológico, entre otros; máxime que en el artículo 73, fracción IX, de la propia Constitución Federal, se encomienda a la Federación, a través del Congreso de la Unión “impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones”, lo que provoca que en el ejercicio de las potestades correspondientes se pueda generar una colisión entre los referidos niveles de gobierno, la cual podrá dirimirse jurisdiccionalmente mediante la sustanciación y resolución de una controversia constitucional.

Las controversias constitucionales son el proceso judicial neurálgico de la variación que experimentó el régimen al pasar de su naturaleza hiperpresidencialista a presidencialista.¹⁰⁰ En el

100 Uno de los estudios más concisos sobre el hiperpresidencialismo, presidencialismo, y semipresidencialismo, es: Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 2008, 247 p. (2da. Edición).

hiperpresidencialismo los conflictos entre Estados y la Federación, Estado con Estados, Municipios con Federación, etcétera, era justamente prerrogativa política del presidente que actuaba como un “padre de la República” y al que todas las instituciones acudían directamente a solicitar su arbitraje. También sucedía de manera indirecta si había un proceso judicial. En esos casos se buscaban influir en el criterio presidencial para que a su vez éste dictara a la SCJN la tendencia de su resolución. La controversia constitucional despoja al presidente de esas prerrogativas que le daban un tremendo poder político e influencia.

Jurisprudencia constitucional y Tribunal Electoral

Una cuestión importante para el sistema político mexicano es la electoral. Como sabemos el artículo 105 constitucional fracción I excluye a la SCJN de conocer de controversias constitucionales en materia electoral. Este artículo establece que la SCJN conocerá “I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten...”. Esta facultad la ejerce el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Sin embargo en lo relativo a las acciones de inconstitucionalidad, el mismo artículo fracción II, párrafo 9, indica que “La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”, es decir, la SCJN.

A continuación veremos tres jurisprudencias constitucionales secuenciales (tesis 60, 62 y 63) donde la SCJN confirma el precepto constitucional.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo: I, Contradicción de tesis entre la SCJN y el T. E. Tesis: 60, página 191. **CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO EXISTE VÁLIDAMENTE ENTRE UN CRITERIO SUSTENTADO POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CUANDO SE TRATA DE LA CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES ELECTORALES.**- Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que para que exista contradicción de tesis es necesario que dos o más órganos jurisdiccionales sustenten criterios divergentes al resolver asuntos de cualquier

naturaleza que sean de su competencia, esto es, constituye un requisito de procedencia de la contradicción de tesis que los criterios discrepantes deriven de resoluciones emitidas por órganos jurisdiccionales que estén facultados para pronunciarse sobre el punto a debate. Acorde con lo antes expuesto, si el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se pronuncia sobre la interpretación de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, derivada de un análisis de la inconstitucionalidad de una norma general en materia electoral que está fuera de su competencia, en sentido diverso al sustentado por este Máximo Tribunal, es evidente que no puede existir válidamente contradicción de tesis entre lo sostenido por dichos tribunales, ya que el órgano reformador de la Constitución le confirió la facultad exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de conocer sobre la inconstitucionalidad de normas generales en esa materia, por lo que no procede jurídicamente enfrentar un criterio sustentado por un órgano jurisdiccional competente para conocer sobre inconstitucionalidad de una ley, con un criterio sustentado por un órgano que carece de esa atribución, aun a título de aplicación del artículo 133 constitucional; sostener lo contrario, en lugar de crear certeza y seguridad

jurídica, que es la finalidad del sistema implantado para resolver la discrepancia de criterios de órganos jurisdiccionales terminales del Poder Judicial de la Federación, se fomentaría la inseguridad al dar a entender, implícitamente, que procede aquella contradicción entre tribunales que constitucionalmente actúan en diversos ámbitos de competencia.

Para que exista contradicción de tesis el criterio esencial es que necesariamente dos o más órganos jurisdiccionales sustenten criterios divergentes al resolver asuntos de cualquier naturaleza que sean de su competencia.

En la siguiente jurisprudencia la SCJN vuelve a determinar los límites del Tribunal Electoral:

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo: I, Contradicción de Tesis entre la SCJN y el T. E. Tesis: 62, página 195. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.- De lo dispuesto en los artículos 99 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado, que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia

electoral y es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es la de garantizar la especialización, objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos, y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y, por otro, que a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una

ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde.

Como vemos, se establece que el Tribunal Electoral sólo podrá “manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo”. Fuera de una manifestación en sentido afirmativo, para apoyarse en lo resuelto por la SCJN en esa materia, el Tribunal Electoral está impedido a ejercer el control constitucional, como lo veremos en la siguiente jurisprudencia constitucional.

Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo: I, Contradicción de Tesis entre SCJN y el T.E. Tesis: 63, página 196. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SI RESUELVE RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA ELECTORAL O SE APARTA DE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL SUSTENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIO-

NAL, INFRINGE, EN EL PRIMER CASO, EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Y EN EL SEGUNDO, EL ARTÍCULO 235 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.- Los preceptos constitucional y legal mencionados establecen, respectivamente, que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución es la acción de inconstitucionalidad, de la que conoce y resuelve sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y que la jurisprudencia del Pleno de ésta, cuando se refiere a la interpretación directa de un precepto de la Constitución, es obligatoria para el Tribunal Electoral. A éste únicamente le corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 constitucional, resolver sobre la constitucionalidad de actos o resoluciones emitidos por las autoridades electorales. Por tanto, dicho Tribunal Electoral no está facultado para hacer consideraciones ni pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma general electoral, por ser una atribución exclusiva de este Alto Tribunal. Ahora bien, si dicho órgano jurisdiccional al resolver sobre un asunto sometido a su consideración aborda cuestiones relativas a la constitucionalidad de una norma general, así sea con la única finalidad de determinar su

posible inaplicación, o establece la interpretación de un precepto constitucional distinta a la contenida en una jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que ya se haya determinado el sentido y alcance respectivos, es evidente que incurre, en el primer caso, en inobservancia al mencionado artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, y en el segundo, infringe el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y, en consecuencia, su actuación afecta la seguridad jurídica que se busca salvaguardar. En tal virtud, las tesis que se han sustentado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o que llegaran a sustentarse sobre inconstitucionalidad de leyes electorales, no constituyen jurisprudencia.

Esta jurisprudencia impone criterios precisos al Tribunal Electoral sobre sus respectivas jurisdicciones. Los supuestos van desde la imposibilidad de hacer consideraciones ni pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma, pero también lo imposibilita a “abordar cuestiones relativas a la constitucionalidad”, ni puede pronunciarse sobre una “posible inaplicación”. Esta jurisprudencia establece además que el Tribunal Electoral deberá respetar su jurisdicción no solamente en cuanto a la interpretación de los

preceptos constitucionales sino también a las decisiones judiciales e interpretaciones contenidas “en una jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que ya se haya determinado el sentido y alcance respectivos.”¹⁰¹

CONCLUSIONES

La interpretación constitucional, como hemos visto, es objeto de una discusión académica y doctrinaria profunda y extensa a través de los últimos doscientos años. Desde *Marbury vs. Madison*, y el texto de Hamilton en *El Federalista*, quedó claro que la interpretación constitucional ha sido el centro neurálgico de la vida de las Constituciones democráticas. En este capítulo hemos intentado establecer algunas cuestiones sobre su naturaleza pero también de los peligros en los que está inmersa con la no neutralidad de los jueces. Pudimos ver que cuando los jueces ejercen el *self-restraint* pueden originar una

101 Para un estudio sobre la poca independencia de los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el nepotismo en esta institución y otras formas de corrupción, véase el capítulo “El Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación y el Instituto Federal Electoral frente a las elecciones”, en: Islas Colín, Alfredo, Lézé, Florence, *Temas de derecho electoral y político*, México, Porrúa, 2002, pp. 386-410.

sumisión de la SCJN al poder Ejecutivo, sobre todo en los sistemas presidencialistas, pero también originar fugas constitucionales. En México, nuestra Constitución pasó de ser un ícono vedette del régimen que le daba legitimidad al autoritarismo a ser una Constitución litigable. Varias figuras constitucionales resucitaron y otras fueron agregadas por la evolución del sistema político hacia un pluralismo democrático. Pero la regionalización del autoritarismo y la mentalidad comprometida políticamente de los ministros de la SCJN con la élite en el poder, no ha permitido que la justicia constitucional sea objetiva. Las figuras de controversia constitucional y acción de constitucionalidad, así como las de juicio político y juicio de amparo, se han convertido en instrumentos de presión de los partidos políticos entre sí y en relación a los poderes públicos, y también en instrumentos de lucha política. Esto influye considerablemente en los fallos judiciales constitucionales, donde la interpretación finalmente termina siendo una actitud de los magistrados frente al fenómenos o litigios políticos que afectará en sus intereses a aquellos a los que se oponen o con los que están comprometidos. Los fallos constitucionales son un poderoso instrumento de dominación, control, y sometimiento de un poder a otro poder, de las instituciones a los ciu-

dadanos, o de las instituciones sobre procesos políticos y electorales. Como la SCJN adquiere compromisos con el poder Ejecutivo en turno, los fallos son instrumentos que el presidencialismo sigue aprovechando para acotar o eliminar de la arena política a sus opositores.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, en: *The Yale Law Journal*, Yale University, vol. 93, 1984, pp. 1013-1072.

ANTONY, Gordon, *Judicial Review in Northern Ireland*, Oxford, Hart, 2008, 284 p.

AMAR, Vikram David, TUSHNET, Mark V., (eds.), *Global Perspectives on Constitutional Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, 246 p.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, 358 p.

ASTUDILLO REYES, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, 2004, 409 p.

BELLAMY, Richard, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of Constitutionality of Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, 270 p.

BREWER CARÍAS, Allan-Randolph, *La justicia constitucional: procesos y procedimientos constitucionales*, México, Porrúa, 2007, 482 p.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. *Las Constituciones modernas*, México, FCE, 2006, 716 p.

CASAL H., Jesús María, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, 324 p. (2da. Edición)

DELANAY, Hilary, *Judicial Review of Administrative Action: A Comparative Analysis*, Dublín, Round Hall Thompson Reuters, 2009, 489 p.

EDLIN, Douglas E., *Judges and Injust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2008, 321 p.

DOMÍNGUEZ NÁREZ, Freddy, AGUILAR DE LA ROSA, Gladys, ISLAS COLÍN, Alfredo, *Laberintos de la Constitución*, México, Jurídica & Law Press, 2009, 122 p.

ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James, *The Endurance of National Cons-*

tutions, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, 260 p.

FAVOREU, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, PUF, 1992, 127 p.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2004, 206 p.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, 4094 p.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo, *Justicia constitucional local*, México, Fundación universitaria de derecho, administración y política, 2003, 396 p.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 307 p.

HOROWITZ, Donald L., "On Constitutional Courts" en: *Journal of Democracy*, John Hopkins University, Octubre 2006, Volumen 17, número 4, pp. 126-137.

KRAMER, Larry, *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, 363 p.

KEITH, Lynda Camp, *The U.S. Supreme Court and the Judicial Review of Congress : two hun-*

dred years in the exercise of the Courts Most Potent Power, Nueva York, Peter Lang, 2008, 199 p.

*Virtud y mal de la justicia
constitucional*, de Freddy

Domínguez-Nárez se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2017, en Jiménez Servicios Editoriales ubicados en la calle Cooperativa de Producción 9-A, Atizapán de Zaragoza, C. P. 52966.

Email: jimenezservedit@gmail.com

Se tiraron 500 ejemplares sobre papel cultural de 90 gr para interiores y cartulina sulfatada de 12 pts para cubierta.